



**Universidade de Brasília – UnB**

**Faculdade de Direito**

**O MOMENTO CONSUMATIVO DA FORMAÇÃO DE  
CARTÉIS E SUA REPERCUSSÃO NA CONTAGEM DO  
PRAZO PRESCRICIONAL**

**FELIPE CARDOSO PEREIRA**

**Brasília**

**2015**

**BRASÍLIA – 2015**  
**Universidade de Brasília – UnB**

**Faculdade de Direito**

**FELIPE CARDOSO PEREIRA**

**O MOMENTO CONSUMATIVO DA FORMAÇÃO DE  
CARTÉIS E SUA REPERCUSSÃO NA CONTAGEM DO  
PRAZO PRESCRICIONAL**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção  
do título de bacharel em Direito pela Universidade de  
Brasília – UnB.

Orientador: Prof. Mestre Francisco Ribeiro Todorov

BRASÍLIA – 2015

Pereira, Felipe Cardoso

O momento consumativo da formação de cartéis e sua repercussão na contagem do prazo prescricional/ Felipe Cardoso Pereira – Brasília, 2015.

64 f.

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UNB, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito. Orientador: Professor Francisco Ribeiro Todorov

1. Direito da concorrência. 2. Direito Penal. 3. Cartéis 4. Consumação. 5. Prescrição.

FELIPE CARDOSO PEREIRA

**O MOMENTO CONSUMATIVO DA FORMAÇÃO DE  
CARTÉIS E SUA REPERCUSSÃO NA CONTAGEM DO  
PRAZO PRESCRICIONAL**

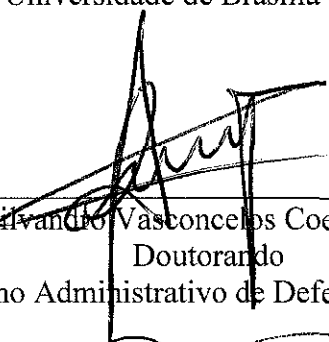
Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Banca examinadora:




---

Prof. Francisco Ribeiro Todorov (Orientador)  
Mestre  
Universidade de Brasília – UnB



---

Prof. Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo  
Doutorando  
Conselho Administrativo de Defesa Econômica



---

Prof. Pedro Ivo Rodrigues Velloso Cordeiro  
Mestre  
Universidade de Brasília – UnB

Brasília, 08 de dezembro de 2015.

## DEDICATÓRIA

À minha mãe, Elza, ao meu pai, Roger, e aos meus  
irmãos, Pedro Paulo e Maria Clara:

*Ainda que eu falasse as línguas dos homens e dos  
anjos, e não tivesse amor, seria como o metal que  
soa ou como o sino que tine.*

*E ainda que tivesse o dom de profecia, e conhecesse  
todos os mistérios e toda a ciência, e ainda que  
tivesse toda a fé, de maneira tal que transportasse  
os montes, e não tivesse amor, nada seria.*

Na falta de palavras para expressar o que sinto, tomo  
essas emprestadas. Não me é de valia alguma a  
conquista que eu não possa compartilhar com vocês.

A vocês, meu muito obrigado, por tudo.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço à minha família: concluir este projeto, assim como os todos os outros que algum dia assumi, só foi possível graças ao suporte que vocês sempre me ofereceram. Tenho bastante consciência do quão privilegiado sou por ter vocês me apoiando.

Ao Paulo: foram naqueles trabalhos de escola que aprendi a sempre buscar pela excelência, tentar ultrapassar meus limites e me atentar ao imperceptível.

Ao Guigo e à Jess: meus primeiros guias no inóspito mundo universitário, e cujas lições carrego comigo até hoje com tanto zelo, ou mais, do que com aquelas aprendidas em sala de aula. Todas as dificuldades que tive no começo da Universidade se tornaram menores, graças aos seus conselhos.

À Liana, à Luana e à Juliana: foram cinco (não tão fáceis) anos, que passaram como num instante com vocês ao meu lado. O seu companheirismo e sua compreensão foram essenciais nessa jornada. Amei descobrir o Direito com vocês.

À Fernnanda, Isabella, Lorena, Paulo, Renata, Renan, e a todos os amigos e colegas de TRW: pessoas com quem compartilhei tanto da minha vida, em tão pouco tempo. Vocês são um exemplo para mim, e cada dia com vocês traz consigo um aprendizado.

Finalmente, um agradecimento ao meu orientador: comprometimento e seriedade são virtudes que trazem o melhor das pessoas com quem se convive - essa postura é o principal ensinamento que você me passou (e continua a passar).

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo discutir quais elementos devem ser observados para caracterizar uma dada conduta como cartel (nos termos do art. 36 da Lei 12.529/2011 e do art. 4º, inciso II, da Lei 8.137/90), e como estes afetam o cômputo do prazo prescricional. A jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) a esse respeito é contraditória: o CADE entende que carteis são ilícitos por objeto, sendo portanto suficiente a prova da existência de acordo para fundamentar a condenação. Todavia, havendo efeitos resultantes do cartel, os aplicadores da lei consideram-nos parte integrante do ilícito. Dessa forma, o prazo prescricional passaria a correr apenas a partir do momento em que cessam esses efeitos, o que não se compatibiliza com uma leitura sistêmica das normas antitruste. Para questionar tal posicionamento, primeiramente, apresentou-se a abordagem econômica e a tipificação de cartel pelas legislações administrativa e penal. Em seguida, foram realizadas algumas considerações a respeito do instituto da prescrição e de sua importância no contexto de um Estado Democrático de Direito. Ante a identidade entre consumação do ilícito e contagem do prazo prescricional, também foram resgatados elementos da teoria do tipo, a fim de possibilitar a análise adequada da tipificação da formação de cartel. Ao final, concluiu-se que a legislação brasileira confere aos carteis o caráter de ilícitos de perigo abstrato, formais e consumação instantânea, não sendo possível levar seus efeitos em consideração para caracterização da conduta. De outra forma, estariam sujeitos os administrados/jurisdicionados ao amplo arbítrio das autoridades estatais.

**Palavras-chave:** Direito da concorrência. Direito Penal. Cartéis. Consumação. Prescrição.

## SUMÁRIO

<b>I.</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>II.</b>	<b>CARTÉIS.....</b>	<b>11</b>
<b>II.1.</b>	<b>Marco conceitual .....</b>	<b>11</b>
<b>II.2.</b>	<b>Efeitos resultantes da formação de cartel .....</b>	<b>14</b>
<b>II.3.</b>	<b>Tipos de cartel.....</b>	<b>15</b>
<b>II.4.</b>	<b>Configuração do cartel.....</b>	<b>17</b>
<b>II.4.1</b>	<b>Esfera administrativa .....</b>	<b>19</b>
<b>II.4.2</b>	<b>Esfera penal .....</b>	<b>23</b>
<b>II.5.</b>	<b>Conclusão .....</b>	<b>26</b>
<b>III.</b>	<b>PRESCRIÇÃO .....</b>	<b>28</b>
<b>III.1.</b>	<b>Marco conceitual .....</b>	<b>28</b>
<b>III.2.</b>	<b>Prescrição e esferas jurisdicionais .....</b>	<b>31</b>
<b>III.2.1</b>	<b>Prescrição de infrações penais .....</b>	<b>31</b>
<b>III.2.2</b>	<b>Prescrição de infrações administrativas.....</b>	<b>33</b>
<b>III.3.</b>	<b>Conclusão .....</b>	<b>36</b>
<b>IV.</b>	<b>CONSUMAÇÃO DE ILÍCITOS E CLASSIFICAÇÕES DO TIPO.....</b>	<b>37</b>
<b>IV.1.</b>	<b>Tipo e resultado jurídico.....</b>	<b>37</b>
<b>IV.2.</b>	<b>Tipo e resultado naturalístico.....</b>	<b>38</b>
<b>IV.3.</b>	<b>Tipo e momento da consumação .....</b>	<b>39</b>
<b>IV.3.1</b>	<b>Habitualidade da infração e infrações continuadas .....</b>	<b>40</b>
<b>IV.4.</b>	<b>Conclusão .....</b>	<b>41</b>
<b>V.</b>	<b>CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL EM CASOS DE FORMAÇÃO DE CARTEL .....</b>	<b>42</b>
<b>V.1.</b>	<b>Determinando o momento consumativo.....</b>	<b>42</b>
<b>V.1.1</b>	<b>Aplicação dos instrumentos da teoria do tipo à prática de cartel .....</b>	<b>42</b>
<b>V.2.</b>	<b>Determinando o termo inicial da prescrição direta em abstrato nos casos de formação de cartel .....</b>	<b>49</b>
<b>V.3.</b>	<b>Problematizando a consumação da formação de cartéis, o exaurimento do tipo e a ocorrência de prescrição .....</b>	<b>51</b>



V.3.1	CADE – Caso Enron (Processo Administrativo nº 08012.003760/2003-01).....	51
V.3.2	CADE – Caso Peróxidos – Pessoas Físicas (Processo Administrativo nº 08012.007818/2004-68) .....	53
V.3.3	Justiça do Estado de São Paulo – Caso CPTM – Ação Penal nº 0026435-70.2014.8.26.0050 .....	54
V.3.4	Justiça do Estado de São Paulo – Caso Metrô SP – Linha 5 - Ação Penal nº 0026495-43.2014.8.26 .....	55
<b>VI.</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>57</b>
	<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>60</b>

## I. INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca questionar a maneira pela qual tem se dado a repressão a cartéis no Brasil, em especial pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("CADE").

Tal conduta é usualmente tratada pela autarquia como ilícita por objeto, ou seja, seria irrelevante a comprovação de lesão efetiva ou potencial decorrente de sua existência para que se consuma o ato infracional. Basta, apenas, a prova de que houve arranjo entre concorrentes. Entretanto, e de maneira contraditória, entende também o CADE que os efeitos da formação de cartel seriam elementos integrantes do tipo. Nessa hipótese, comprovada a existência de lesão, a consumação da ofensa se protrairia enquanto observados os seus efeitos.

Tendo em mente que a contagem do prazo prescricional direto depende da determinação da consumação da conduta, a incerteza quanto ao momento consumativo da formação de cartéis resulta na total sujeição do administrado/jurisdicionado à discricionariedade do aplicador da lei.

Considerando o crescente fomento institucional à livre-concorrência, com aumento da repressão a cartéis em diversas outras esferas de poder (como Controladoria-Geral da União, Tribunal de Contas da União, Poder Judiciário), faz-se mister maior rigor técnico na análise desta conduta, com vistas a obstar uma persecução abusiva por parte do Estado, que possa inclusive resultar na punição de condutas as quais não persiste mais a pretensão punitiva estatal.

Desta maneira, por meio do presente trabalho, propõe-se um estudo a respeito do momento da formação de cartel, tanto na esfera administrativa, quanto na esfera penal. Uma vez delimitado o momento em que se configurou o ilícito, por conseguinte, determina-se também o termo *a quo* do prazo prescricional.

Para tanto, foi realizada revisão de literatura de obras tradicionais do direito concorrencial e do direito penal. Em seguida, procedeu-se à seleção do referencial teórico, a partir do qual foram elaboradas as premissas para realização da análise que aqui se propõe. Isto resultou nos Capítulos II, III e IV desta obra, que contêm os instrumentais teóricos necessários à compreensão do raciocínio exposto nos Capítulos V e VI.

No Capítulo II, serão apresentados conceitos econômicos a respeito da prática de cartéis: o que os caracteriza, quais as condições que favorecem o seu desenvolvimento e quais os prejuízos deles decorrentes. Ademais, será estudada a sua tipificação no ordenamento jurídico brasileiro, administrativa e penalmente.

Posteriormente, no Capítulo III, será introduzido o conceito de prescrição: quais as suas espécies (especialmente a forma direta, a qual tem relevância para este trabalho), algumas das justificativas doutrinárias para sua existência, e como a matéria é regulamentada na repressão às infrações contra a ordem econômica e na esfera penal.

Não obstante, conforme mencionado acima, a aplicabilidade da prescrição direta depende também da delimitação do momento consumativo da prática delitiva. No Capítulo IV, será feito um apanhado de aspectos da teoria do tipo referentes à correlação entre prática delitiva-efeitos-consumação, necessários à definição da consumação.

O Capítulo V, por sua vez, proporrá uma leitura sistemática dos elementos apresentados ao longo do trabalho. Será aplicada a teoria do tipo para determinação do momento consumativo de cartéis, e, a partir daí, verificar-se-á de que maneira isso repercute na contagem do prazo prescricional. Ainda neste capítulo será realizada a análise de alguns casos concretos, por meios dos quais se contextualizará a crítica aqui proposta.

Finalmente, no Capítulo VI serão condensadas as conclusões alcançadas por meio deste estudo, bem como serão apresentadas reflexões adicionais correlatas ao tema.

## II. CARTÉIS

### II.1. Marco conceitual

Introdutoriamente, serão abordados os elementos constitutivos do cartel, com vistas a delinear o momento de sua configuração, e quais efeitos podem decorrer dessa prática. Para tanto, em primeiro lugar será apresentado o entendimento doutrinário a respeito da conduta.

A partir disso, será visto como o ordenamento jurídico brasileiro trata a matéria, tanto no âmbito administrativo, quanto na esfera penal. Essa análise, por sua vez, compreenderá uma exposição dos elementos constitutivos dos tipos, que devem se observar para justificar a repressão estatal. Uma vez caracterizados esses elementos, está consumada a infração.

Isto posto, cartéis são definidos como arranjos entre agentes econômicos, concorrentes em um mesmo mercado relevante<sup>1</sup>, que podem implicar em alguma espécie de restrição à concorrência, tais como aumento de preços, alocação de mercados ou fraude a licitação (seja ela pública ou privada)<sup>2</sup>. A sua caracterização, porém, independe da materialização desses efeitos (*i.e.*, ainda que o acordo não seja bem-sucedido, estará configurado o ato ilícito)<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> “Um mercado relevante é o menor agrupamento de vendas para o qual a elasticidade da demanda e da oferta são suficientemente baixos a ponto de que um ‘monopolista hipotético’ com 100% desse agrupamento possa lucrativamente reduzir a oferta e aumentar o preço substancialmente acima do custo marginal. [...] (1) [C]lientes não devem ser capazes de encontrar substitutos facilmente em resposta ao aumento de preços e (2) outras firmas não podem ser capazes de entrar no mercado em questão ou mudar sua própria produção para competir com as vendas daquele que aumentou os preços” (tradução livre) (HOVENKAMP, 1994, pp. 92-93). Os mercados relevantes compreendem duas dimensões: (i) a dimensão produto, que é definida em função do gosto do consumidor, e (ii) a dimensão geográfica, que é definida em função do custo de transporte ou do tempo de deslocamento do produto (HOVENKAMP, 1994, p. 101).

<sup>2</sup> Há, contudo, quem defenda que a aquisição e exploração de poder de mercado seja também um elemento necessário à prática de cartel. Vide Jones e Sufrin: “[a] colusão explícita ocorre quando partes acordam, coletivamente, em explorar conjuntamente seu poder econômico e aumentar sua lucratividade mediante aumento de preços, restrição de oferta, alocação de mercados ou fraude a licitações” (tradução livre) (JONES et. SUFRIN, 2011, pp. 659). No mesmo sentido, Gico Jr. diz: “O objetivo do cartel, destarte, é uniformizar as condutas de todos os, ou o máximo de, ofertantes para que, conjuntamente, se comportem o mais possível como um monopolista. O cartel objetiva a aquisição ilícita de poder de mercado e seu uso para mitigar a pressão competitiva, isto é, aumentar os lucros” (GICO Jr., 2007, p. 191).

<sup>3</sup> A experiência internacional e nacional na repressão de condutas anticompetitivas horizontais (*i.e.*, promovidas por agentes concorrentes) levou ao desenvolvimento de um padrão de prova particular, por meio do qual o mero cometimento da conduta tipificada, independentemente de seus efeitos, é necessária para caracterização do ilícito. Dessa forma, conforme lecionado por Jones e Sufrin, “[...] atividades de cartéis, acordos para fixação de

A doutrina e prática internacionais incluem também, como uma das espécies de cartel, a troca de informações sensíveis entre concorrentes. Entretanto, a legislação brasileira confere tratamento distinto a essa conduta em comparação com os conluíus – enquanto ambas são passíveis de repressão na esfera administrativa, somente o cartel está tipificado penalmente. Como se verá adiante, a existência de alguma espécie de acordo entre concorrentes é elemento objetivo do tipo penal do cartel, que não pode ser deduzido a partir de uma mera troca de informações.

Os participantes de cartéis adotam comportamento – e buscam obter ganhos – semelhantes ao de uma firma monopolista, conforme será detalhado a seguir. Entretanto, ao contrário do que ocorre no monopólio, nos cartéis há a manutenção de centros decisórios independentes<sup>4</sup>, o que resulta numa alocação de recursos menos eficiente do que num mercado monopolizado. Tendo em vista que, em geral, os integrantes de um cartel não detêm capacidades produtivas semelhantes, decisões coordenadas importam a oferta de bens e serviços a um preço superior ao preço de equilíbrio de mercado, e inferior ao ótimo de monopólio da maior parte delas<sup>5</sup>.

A implementação bem-sucedida de um cartel leva ao aumento conjunto do nível de preços com a manutenção da participação de mercado de seus integrantes. De acordo com Hovenkamp, um cartel duradouro é aquele na qual se observam certas circunstâncias facilitadoras, descritas a seguir.

Em primeiro lugar, é necessária a existência de barreiras significativamente altas à entrada no mercado relevante, de maneira que a elevação de preços perpetrada pelos

---

preços e divisão de mercados, ou para restringir a produção ou a capacidade, ou para fraudar licitações, e acordos para trocar informações de preço são propensos a ter por objeto a restrição da concorrência e tal caracterização não é, em geral, afetada pelo fato de: o acordo ter se provado de difícil aplicabilidade, na prática (e não poderia, portanto, ter o efeito de restringir a concorrência); um participante ter sempre tentado ignorar os termos do acordo e que o fez, de fato, trapaceando o cartel (quando trapaceia, a empresa crê na existência do acordo ou conduta concertada e não irá auferir ganhos a não ser que os outros venham a aderir a seus termos); existir controle de preços; o motivação das partes ao acordar ser lidar com uma crise industrial ou de sobrecapacidade e/ou as partes terem atuado com o conhecimento, ou com o suporte, do governo nacional.” (tradução livre) (JONES *et. al.* SUFRIN, 2011, p. 675).

<sup>4</sup> LAFAYETE, 2013, pp. 315 e 318.

<sup>5</sup> “Cartéis também podem ter menos flexibilidade do que monopolistas para coordenar a oferta agregada. Por exemplo, o monopolista que possuir cinco plantas e deseja cortar a produção para 80% da capacidade tem a opção de fechar a planta menos eficiente e continuar a operar as outras quatro em capacidade ótima. Um cartel de cinco firmas, tendo cada uma planta, pode não ter essa opção. O cartel terá de, provavelmente, acordar algum esquema de compromisso para alocação de produção entre os membros, ainda que o resultado não seja o ótimo” (tradução livre) (HOVENKAMP, 1994, p. 170).

integrantes do cartel não atraia novos agentes (gerando, como consequência, um aumento da oferta disponível, com consequente redução do preço de mercado).

Em segundo lugar, os participantes do cartel devem deter considerável participação no mercado em questão. Sendo assim, suas decisões não serão frustradas pelo comportamento de agentes econômicos que não o integram. Da mesma forma, esses agentes não-participantes não podem ser capazes de expandir sua oferta muito rapidamente, de maneira que eles não respondam rapidamente à elevação de preços perpetrada pelo cartel.

Outro fator que também contribui para o bom funcionamento de um cartel é a existência de acordo entre seus integrantes quanto às quantidades a serem produzidas por cada um – ao controlar a oferta, é possível manter os preços em um determinado patamar<sup>6</sup>.

Por fim, comumente cartéis bem-sucedidos são dotados de mecanismos que permitam fiscalizar a sua implementação e a punir aqueles que não observarem o acordado, sem que terceiros sejam capazes de detectar suas atividades<sup>7</sup>.

Jones e Sufrin apresentam um elemento adicional a esse rol, que diz respeito à quantidade de agentes participantes do mercado objeto de coordenação entre concorrentes. De acordo com eles, a probabilidade de sucesso de um conluio é maior num mercado oligopolizado, dado que essa estrutura de mercado torna os agentes econômicos muito mais dependentes das decisões tomadas pelos seus concorrentes<sup>8</sup>.

Uma vez delineados os atributos comumente relacionados à prática de cartel, passa-se a uma análise mais pormenorizada dos danos à sociedade que dela resultam.

---

<sup>6</sup> HOVENKAMP, 1994, p. 159.

<sup>7</sup> De acordo com Hovenkamp, o cartel perfeito “conteria relativamente poucos membros que coletivamente corresponderiam a 100% da produção num mercado relevante. Todos os membros seriam de mesmo tamanho e igualmente eficientes, e eles produziriam produtos idênticos. O produto seria vendido em licitações sigilosas em um mercado que contenha muitos compradores relativamente pequenos, e as ofertas vencedoras seriam publicamente anunciadas” (tradução livre) (HOVENKAMP, 1994, p. 159).

<sup>8</sup> JONES *et. SUFRIN*, 2011, pp. 659-660.

## II.2. Efeitos resultantes da formação de cartel

Conforme apresentado na seção anterior, ao formar cartéis, os agentes econômicos buscam comportar-se como (e auferir lucros semelhantes aos de) uma firma monopolista. Entretanto, não obstante os prejuízos via de regra decorrentes da monopolização de mercados, a colusão entre concorrentes mostra-se muito mais prejudicial à sociedade. Isto porque sua manutenção é mais custosa do que a do monopólio, ao passo em que firmas cartelista operam de maneira menos eficiente.

A coordenação entre concorrentes conduz, basicamente, a três espécies de ineficiências: alocativas, produtivas e dinâmicas. Primeiramente, há as ineficiências alocativas, relacionadas à fixação do preço do bem ou serviço em patamar supracompetitivo<sup>9</sup>.

Ao fazê-lo, não haverá distribuição eficiente do excedente do consumidor<sup>10</sup>. O excedente relativo aos clientes cujo preço de reserva é igual ou superior ao do cartel será apropriado pelas firmas participantes, enquanto o excedente correspondente aos clientes cujo preço de reserva é inferior ao do cartel, mas igual ou superior ao preço competitivo, não terão sua demanda atendida<sup>11</sup>. Esse prejuízo também é doutrinariamente denominado perda do “peso morto”.

Todavia, tais custos não são tão representativos na prática de cartel como nos mercados monopolizados, uma vez que, ao contrário das firmas monopolistas, os integrantes de conluios têm dificuldades para determinar o preço de maximização (estruturas produtivas distintas conduzem a diferentes preços de maximização para cada firma) e para implementar acordos sem que os participantes trapaceiem uns aos outros<sup>12</sup>.

Em segundo lugar, há também as ineficiências produtivas, que dizem respeito à elevação de custos resultante da atuação coordenada entre concorrentes<sup>13</sup>, e que comumente são mais elevadas nos casos de cartel do que em monopólios.

---

<sup>9</sup> MARTINEZ, 2013, pp. 37-38.

<sup>10</sup> O excedente do consumidor representa a diferença entre os preços de reserva dos demandantes (aquele pelo qual eles estão dispostos a adquirir o bem ou serviço) e o preço competitivo (aquele pelo qual, efetivamente, é pago adquirido o bem ou serviço no mercado competitivo) (HOVENKAMP, 1994, p. 5).

<sup>11</sup> Salvo casos em que é possível a discriminação dos demandantes em função de seus respectivos preços de reserva.

<sup>12</sup> HOVENKAMP, 1994, p. 178.

<sup>13</sup> MARTINEZ, 2013, p. 38.

Esse tipo de ineficiência detém dimensão representativa dentre os custos sociais do cartel, compreendendo tanto os prejuízos decorrentes da negociação de preços e quantidades (e de sua implementação por cada firma), quanto mecanismos adotados pelos seus integrantes para monitorar quem queira trapacear o acordo e a fiscalização e punição de eventuais descumprimentos aos arranjos entre seus integrantes<sup>14</sup>.

Finalmente, da prática de cartel também resultam as ineficiências dinâmicas. Com o esvaziamento da competitividade do mercado, há redução dos incentivos à inovação. Dessa forma, os consumidores serão privados de produtos/bens com preços reduzidos ou que venham a melhor satisfazer suas necessidades, uma vez que as firmas em conluio não buscarão se diferenciar<sup>15</sup>. Ainda, conluios normalmente envolvem a imposição de barreiras à entrada no mercado, reduzindo ainda mais o incentivo à inovação.

Em razão dos prejuízos indicados logo acima, Jones e Sufrin entendem ser o cartel uma das mais graves violações, se não a mais grave violação concorrencial do ordenamento jurídico<sup>16</sup>. Dessa forma, as autoridades antitruste mundo afora deveriam ter como uma de suas preocupações centrais a prevenção, detecção, eliminação e punição de cartéis.

### **II.3. Tipos de cartel**

Embora cartéis, de maneira geral, sejam caracterizados pela coordenação entre agentes concorrentes que integram um mesmo mercado relevante, as formas pelas quais tal arranjo pode se manifestar são distintas, sendo, inclusive, essenciais para determinar em que momento se configurou a prática ilícita – o qual repercute diretamente na contagem do prazo prescricional.

Primeiramente, é possível diferenciar a forma com que tais arranjos se manifestam. Caso se deem por meio de instrumentos contratuais, reuniões ou qualquer forma direta de contato entre concorrentes, trata-se de colusão explícita, que corresponde às formas

---

<sup>14</sup> HOVENKAMP, 1994, p. 178.

<sup>15</sup> MARTINEZ, 2013, p. 38.

<sup>16</sup> JONES *et. SUFRIN*, 2011, p. 659.



clássicas de cartel, e pressupõe a existência de um arranjo que tenha se manifestado no plano material, seja verbalmente ou por escrito

Não obstante é possível também que tais acordos se deem de forma indireta, mediante a sinalização para concorrentes de qual comportamento deve ser adotado por todos os integrantes do cartel. Nesses casos, fala-se em colusão tácita. Para que se caracterize a colusão tácita, não basta a mera existência de um comportamento paralelo entre concorrentes, sendo necessária a existência de um acordo entre eles, ainda que não-verbal.

É possível, ainda, subdividir os cartéis explícitos em cartéis clássicos (cartéis *hardcore*) e cartéis difusos. Todavia, há certo desacordo quanto às características levadas em consideração na realização dessa divisão.

De acordo com a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”), os cartéis *hardcore* abarcam quaisquer acordos, práticas ou arranjos entre concorrentes para fixar preços, fraudar licitações (públicas ou privadas), estabelecer restrições à produção ou quotas, bem como compartilhar ou dividir mercados para alocação de clientes, fornecedores, territórios ou linhas de comércio. Não estão cobertos por essa classificação os acordos que dizem respeito à redução de custos ou fomento de eficiências produtivas, acordos os quais a legislação nacional não enquadra como ilícitos concorrenciais e os acordos entre concorrentes autorizados pela lei<sup>17</sup>.

Nesse contexto, os cartéis difusos estão relacionados à mera troca de informações sensíveis entre concorrentes, sem que exista entre eles alguma espécie de acordo.

Entretanto, no caso do cartel da pedra britada, em decisão relatada pelo Conselheiro Prado, entendeu o CADE que o critério para diferenciação entre cartéis clássicos e difusos seria o grau de institucionalidade de conduta:

Este [o cartel clássico] é definido como acordos secretos entre competidores, com alguma forma de institucionalidade, com o objetivo de fixar preços e condições de entrada, dividir consumidores, definir nível de produção ou impedir a entrada de novas empresas no mercado. Este tipo de cartel opera através de um mecanismo de coordenação institucionalizado, podendo ser reuniões periódicas, manuais de operação, princípios de comportamento etc. Isto é, sua ação não decorre de uma

---

<sup>17</sup> OCDE *apud* JONES *et. SUFRIN*, 2011, p. 667. Gico Jr. entende que essa classificação é tautológica, e não basta para definir que espécies de arranjos entre concorrentes constituiriam cartéis ou não. Em verdade, de acordo com ele, nem nos EUA e na União Europeia, e muito menos no Brasil, alcançou-se um consenso a respeito de quais as práticas taxativamente constituiriam um cartel (GICO Jr., 2007, p. 167).

situação eventual de coordenação, mas da construção de mecanismos permanentes para alcançar seus objetivos.

Distingo o Cartel Clássico do que chamo de Cartel Difuso. Este último é um ato de coordenação da ação entre empresas com objetivo similar ao do Cartel Clássico, mas de caráter eventual e não institucionalizado.<sup>18</sup>

Independentemente de qual a classificação adotada para definir esses conceitos, a institucionalidade é um ponto de considerável relevância no estabelecimento do momento de consumação de um acordo entre concorrentes (o que, por sua vez, interfere diretamente na contagem do prazo prescricional).

## II.4. Configuração do cartel

Conforme visto acima, historicamente se observam os danos à sociedade decorrentes da prática de cartel, os quais ensejam a sua severa punição.

Nesse sentido, nos Estados Unidos (onde a prática em direito concorrencial remonta a mais de um século), acordos entre concorrentes envolvendo variáveis comercialmente sensíveis são considerados ilícitos *per se*, *i.e.*, uma vez provada a existência de arranjo que de alguma forma imponha restrição ao comércio entre os estados da federação ou com outros países, estará configurada a infração. Trata-se de presunção absoluta, que não admite prova em contrário, estando dispensada, portanto, a comprovação dos danos decorrentes da conduta<sup>19</sup>.

Na União Europeia, a depender do escopo do acordo entre concorrentes, a análise variará. Acordos para fixação de preços são considerados ilícitos por objeto, sendo presumido que a sua prática tenha por objetivo alguma das restrições dispostas no art. 101(1) do Tratado para Funcionamento da União Europeia (“TFUE”). Portanto, preenchido o critério de jurisdição<sup>20</sup>, e provada a sua existência, é desnecessária a investigação de seus efeitos para

<sup>18</sup> Processo Administrativo no 08012.002127/2002-14. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Conselheiro-Relator Luiza Carlos Delorme Prado. Decisão em: 13 de julho de 2005. Publicação em: 28 de julho de 2005.

<sup>19</sup> MARTINEZ, 2013, pp. 55-56.

<sup>20</sup> Isto é, que seja demonstrado que o acordo seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros.

caracterização do ilícito<sup>21</sup>. Para outros tipos de acordo entre concorrentes, admite-se a isenção antitruste, caso se prove que do acordo decorra algum dos efeitos previstos no art. 101(3) do TFUE.

No Direito Antitruste Brasileiro, cartéis são tratados como infrações por objeto, isto é, basta a comprovação de sua existência para que se configure a ilicitude<sup>22</sup>. Nesse sentido vai o voto do Conselheiro Márcio de Oliveira Junior, proferido no julgamento pelo CADE do caso de mangueiras marítimas:

No caso da formação de cartel, a conduta é reprovável por si só, sem a necessidade de comprovação de efeitos, ao que a lei chama de infração “por objeto” (art. 36, *caput*, Lei 12.529/11). Caso o julgador opte por estender a análise, a legislação antitruste aponta ainda a vertente da infração “por efeito” (art. 36, *caput*, Lei 12.529/11). A lei estabelece essas duas possibilidades de análise porque as atividades anticompetitivas geralmente são encobertas, com estratégias que visam à ocultação dos atos praticados. No caso dos cartéis, os atos são ocultados não para a proteção de estratégias comerciais de empresas envolvidas, mas sim em função de sua importância para a caracterização de uma conduta considerada delito pela legislação pátria. Em função dessa natureza, **provada a formação de cartel, não há necessidade de se comprovar os efeitos sobre a concorrência ou o bem-estar do consumidor. A violação à ordem econômica, quando comprovada, se dá pelo próprio objeto, e não pelos seus efeitos.** (g. n.)<sup>23</sup>

Por sua vez, na seara penal também a letra da lei dispensa a comprovação da conduta ilícita para caracterizar o crime contra a ordem econômica (sendo a formação de cartel um ilícito de mera conduta), embora haja quem entenda ser necessária a comprovação de potencialidade lesiva da prática para que se justifique a persecução penal.

<sup>21</sup> De acordo com Bailey e Whish, é pouco provável o enquadramento desse tipo de acordo entre concorrentes nas hipóteses de isenção elencadas no art. 101(3) do TFUE – embora isso não impeça que um investigado por participação de cartel apresente tal alegação (2012, p. 529).

<sup>22</sup> Há quem defenda a existência de uma presunção *juris tantum* da lesividade de cartéis – isto é, uma vez provada a existência do acordo que se enquadre nas hipóteses previstas nos *caput* e incisos do art. 36 da Lei 12.529/2011, incumbiria à parte provar a ausência de efeitos líquidos negativos (ver, nesse sentido, MARTINEZ, 2013, pp. 56-57).

<sup>23</sup> Processo Administrativo 08012.010932/2007-18. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Conselheiro-Relator: Márcio de Oliveira Júnior. Decisão em: 25 de fevereiro de 2015. Publicação em: 03 de março de 2015.

#### II.4.1 Esfera administrativa

As condutas passíveis de repressão pelo CADE estão tipificadas no *caput* do art. 36 da Lei nº 12.529/2011, o qual estabelece que será enquadrado como infração à ordem econômica qualquer ato que tenha por objeto ou que possa, ainda que potencialmente, alcançar um dos efeitos dispostos nos seus quatro incisos:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Conforme dispõe o texto legal, a culpabilidade do agente é elemento irrelevante para a caracterização do ilícito administrativo, bastando que este tenha tido por objeto ou concorrido para alcançar algum dos efeitos acima indicados, ainda que estes não tenham vindo a se concretizar.

A esse respeito, Gico Jr., ao analisar a redação do art. 20 da antiga Lei 8.884/94 (atualmente revogada pela Lei 12.529/2011), cujo teor é idêntico ao *caput* e incisos do art. 36 da Lei 12.529/2011, realiza um contraponto entre duas formas de aplicação possíveis desse dispositivo: o legalismo e o economicismo.

Sob uma perspectiva legalista, ou seja, considerando a lei em sua literalidade, seriam puníveis as condutas dolosamente voltadas à obtenção dos efeitos dispostos nos incisos do atual art. 36, ou aquelas que, ainda que culposamente, importem a potencialidade ou a materialidade de tais efeitos. Esse seria o posicionamento defendido por Calixto Salomão: “*os efeitos (ou sua potencialidade) não são um critério único, mas apenas uma alternativa à existência da intenção (objeto) de eliminar os concorrentes no mercado*”<sup>24</sup>.

Gico Jr., por outro lado, adota o denominado “paradigma economicista” para a análise das infrações concorrenciais. De acordo com ele, o direito concorrencial não deveria

---

<sup>24</sup> SALOMÃO *apud* GICO Jr., 2007, p. 137.

se preocupar com a mera expressão volitiva dos indivíduos, mas sim com as inadequações de mercado resultantes de suas ações. Tais inadequações seriam a violação à eficiência, que de acordo com ele é o bem jurídico tutelado pelo direito antitruste<sup>25</sup>.

Dessa forma, só seriam passíveis de repressão os atos que importassem em ineficiências alocativas, isto é, aqueles cujo saldo líquido fosse negativo (aqueles cujas perdas fossem maiores que as eficiências), ainda que potencialmente<sup>26</sup>.

Ante essa dicotomia, o legalismo se mostra como a forma mais adequada de análise das infrações à ordem econômica. Em primeiro lugar, porque coaduna-se com o texto legal – não foi concedida discricionariedade ao seu aplicador para que se proceda de forma contrária, faltando-lhe legitimidade democrática para tanto.

Ademais, conforme ressaltado pelo próprio Gico Jr., a perspectiva economicista contempla tão-somente a alocação eficiente de recursos no mercado, sem se preocupar com quem são os destinatários da transferência de riqueza decorrente dessas eficiências. Em que pese as críticas quanto a sua correção, o texto constitucional brasileiro não contempla a tutela da eficiência como fim em si<sup>27</sup>. Assim, a análise mais adequada das infrações é a legalista, que considera não apenas a potencialidade de efeitos, mas também se teve por objeto algum dos efeitos dispostos nos incisos do art. 36, *caput*<sup>28</sup>.

Superada essa discussão, passa-se agora à análise dos elementos volitivos/efeitos necessários para que um ato configure infração à ordem econômica. Em primeiro lugar, há os atos que têm por objeto ou por efeitos (ainda que potenciais) a limitação, simulação, ou que de qualquer forma prejudiquem a livre concorrência ou a livre iniciativa.

---

<sup>25</sup> GICO Jr., 2007, p. 144.

<sup>26</sup> GICO Jr., 2007, p. 131.

<sup>27</sup> Vide a redação do art. 170 da Constituição Federal, que assim dispõe: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sobre as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.”

<sup>28</sup> Cumpre ressaltar, entretanto, que embora via de regra seja acertada a adoção da perspectiva normativista, em situações limítrofes a aplicação da ilicitude por objeto pode implicar distorções. Por exemplo, hipótese de colisão entre o princípio da livre concorrência e o exercício de algum outro direito constitucional, como o direito de petição. Nesses casos, não se pode falar que o mero propósito anticompetitivo que motiva o exercício desse direito é suficiente para caracterização da ilicitude, devendo-se analisar se a parte valeu-se de expedientes legítimos para restringir a competição num dado mercado.

Segundo Gico Jr. essa é uma redação tem escopo abrangente, sendo tal enunciado uma norma de fechamento. Sendo assim, qualquer ato que não se enquadre no conteúdo disposto nos outros incisos, enquanto tiver por objetivo ou efeito a hipótese contida no inciso I, também configura ilícito antitruste.

O inciso II, por sua vez, tipifica como infrações à ordem econômica os atos que tenham por objeto ou cujos efeitos, ainda que potenciais, resultem na dominação de mercado relevante de bens e serviços. Apenas ações entendidas como anticompetitivas se enquadram nessa hipótese, não estando abarcado o ganho de participação de mercado pela atuação legítima e eficiente do agente econômico (nos termos do §1º do art. 36).

Outrossim, não é requisito necessário a detenção prévia de poder de mercado para incorrer nesse tipo, uma vez que ele pode decorrer justamente da conduta objeto de repressão pelo direito concorrencial.

O inciso III trata dos atos voltados a, ou que resultem, mesmo que potencialmente, em um aumento arbitrário de lucros. Embora tal elevação nos lucros possa ser entendida como resultado de qualquer uma das práticas dispostas nos outros incisos, a inclusão desse fenômeno como um dos tipos de infração à ordem econômica visa a reiterar que são passíveis de punição tanto os atos contemplados pelo inciso III, quanto aqueles que não importam em aumento arbitrário de lucros abrangidos pelos incisos I, II e IV.

Ao cabo, o inciso IV trata do exercício abusivo de posição dominante. Conforme definido no §2º do art. 36, detém posição dominante o agente econômico (ou grupo de agente econômicos) que for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado.

De acordo com o texto legal, a posição dominante é presumida quando esse agente (ou grupo) detém participação de mercado igual ou superior a 20%. Sendo assim, o exercício abusivo dessa posição se daria quando uma empresa ou grupo econômico faz uso de expedientes escusos para impor restrição à concorrência no mercado em tela. Neste caso, ao contrário do observado na hipótese do inciso II, a existência de posição dominante é condição anterior e necessária à configuração do tipo.

Cotejando os quatro tipos expressos nos incisos do *caput* do art. 36, verifica-se que as hipóteses dispostas nos três primeiros estariam relacionadas à prática de cartel,

enquanto o tipo previsto no inciso IV diria respeito exclusivamente a condutas unilaterais, *i.e.*, praticadas por agentes com posição dominante<sup>29</sup>.

Finalmente, no §3º do art. 36 estão exemplificativamente dispostas práticas as quais, preenchidos os requisitos apresentados no *caput* e incisos I a IV, seriam passíveis de repressão na esfera administrativa. A formação de cartel encontra-se tipificada no inciso I e respectivas alíneas<sup>30</sup>:

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
- d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

Dessa forma, práticas formuladas coordenadamente por agentes pertencentes a um mesmo mercado relevante, com vistas a acordar, combinar ou manipular algum dos elementos dispostos nas alíneas de “a” a “d”, serão caracterizadas como formação de cartel. Verifica-se, inclusive, uma identidade entre tais elementos e os objetivos reconhecidos pela doutrina como característicos da colusão entre concorrentes (ver Seção II.1).

O ato de *acordar* pressupõe uma concordância de vontades com duas ou mais partes, enquanto *combinar* representa a pactuação entre agentes - o estabelecimento de um

<sup>29</sup> O autor chega a ventilar a hipótese de enquadramento, também no inciso IV, de práticas empreendidas por oligopólios. Entretanto, o autor refuta esse entendimento dada a sua proposta de tratamento unificado das condutas horizontais, que seriam melhor abarcadas pelo tipo específico previsto no inciso II. A despeito da justificativa adotada pelo autor, esse entendimento também será adotado no presente trabalho, tendo em vista a impossibilidade de que mais de uma firma venha a deter posição dominante num dado mercado (tendo em vista que o conceito de dominância, por si só, pressupõe a existência de poder de mercado por parte de um dos rivais num dado mercado, capaz de sujeitar a todos os outros às suas decisões) (GICO Jr., pp. 154-157).

<sup>30</sup> Além do tipo previsto no par. 3º, inciso I do art. 36, também são tipificadas outras condutas envolvendo concorrentes, como é o caso da influência à adoção de conduta comercial uniforme (ou convite à cartelização), e condutas acessórias aos arranjos dispostos no inciso I, como é o caso da limitação de acesso ao mercado por novos competidores.

compromisso entre elas. *Manipular* é a provocação de um falseamento da realidade, o emprego de um artifício. Finalmente, *ajustar* é ato de fixar/estabelecer limites<sup>31</sup>.

A lei não impõe nenhuma solenidade à forma com que esses arranjos devem se manifestar para que sejam considerados ilegais, abrangendo tanto os cartéis explícitos, quanto os tácitos.

De maneira complementar, pode-se fazer um contraponto ao padrão de prova exigido pela jurisprudência antitruste norte-americana. Naquela jurisdição, colusões são entendidas como o encontro de desígnios na procura de um curso de ação conforme plano em comum, sendo admitida qualquer prova por meio da qual possa-se ao menos inferir a existência deste encontro de vontades<sup>32</sup>.

Nesse sentido, o arranjo tácito entre concorrentes, estando ausente qualquer acordo escrito ou trocas de palavras entre concorrentes, é passível de repressão – basta que se infira a existência de relação de interdependência entre os agentes, em vez de *independência*, o que pode se dar mediante o emprego de provas circunstanciais<sup>33</sup>.

#### II.4.2 Esfera penal

A tipificação da formação de cartéis enquanto infração penal se dá por meio do art. 4º da Lei de Crimes Contra a Ordem Tributária, Econômica e Contra as Relações de Consumo (Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990), nos termos que se seguem:

Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

- a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;
- b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;
- c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

<sup>31</sup> **Michaelis Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em: <http://michaelis.com.br/>. Acesso em: 02 de dezembro de 2015.

<sup>32</sup> KAPLOW, 2011, p. 40.

<sup>33</sup> KAPLOW, 2011, pp. 60-61.



Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

Pela análise do tipo penal, constata-se a existência de elementos objetivos e subjetivos, cuja observância é necessária para a configuração do ilícito<sup>34</sup>.

Os elementos objetivos estão listados no inciso II do mencionado artigo: “*formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes*”. Dessa forma, em um primeiro momento, é necessário que o agente viesse a incorrer em uma dessas ações para que fosse passível de punição na esfera penal por infração à ordem econômica.

Cumprir destacar que os ofertantes ao qual se refere o inciso II são concorrentes que integram o mesmo nível da cadeia produtiva<sup>35</sup>. De outro modo, o tipo passa a não mais tutelar a coordenação entre agentes competidores, mas qualquer tipo de acordo anticompetitivo entre empresas, que por sua vez é objeto do inciso I do mesmo artigo<sup>36</sup>.

Luiz Régis Prado<sup>37</sup> buscou delinear em que consiste cada uma dessas práticas enquadradas como crime contra a ordem econômica. De acordo com ele, o *ajuste* se trata do acordo livre e consciente feito entre indivíduos com vistas à prática de fato que, no caso em questão, seria passível de repressão na seara penal.

O *acordo*, por sua vez, é a realização de ajuste ou convenção entre partes contratantes, que conjugam vontades para concretizar ato negocial, o qual importará em obrigação de dar, fazer ou não fazer.

Os *convênios* são “*instrumentos de declaração de vontade que se encontram e se integram, dirigindo-se, todas elas, a um objetivo comum, sem que, portanto, uma às outras se oponham [...]*” – não há oposição, mas sim uma “*conjugação de interesses*”. E, finalmente, a *aliança* é o acordo ou coligação feita entre instituições ou pessoas para um fim comum.

---

<sup>34</sup> BITENCOURT (2011, p. 309) define tipo como modelo abstrato descritivo de um comportamento proibido. Este modelo, por sua vez, poderia ser segmentado em elementos distintos, a saber: (i) objetivo-descritivos, que para Damásio de Jesus (1985, p. 312) concernem ao aspecto material do fato, i.e., à forma de execução, tempo, lugar etc, (ii) normativos, que para Bitencourt tratam-se de elementos cuja compreensão exige o exercício de um juízo de valor, e (iii) subjetivos, que dizem respeito às “circunstâncias que pertencem ao campo psíquico-espiritual e ao mundo de representação do autor” (BITENCOURT, 2011, p. 310).

<sup>35</sup> MARTINEZ, 2013, p. 186.

<sup>36</sup> “I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas”. BRASIL, Lei de Crimes Contra a Ordem Tributária, Econômica e Contra as Relações de Consumo, de 27 de dezembro de 1990.

<sup>37</sup> PRADO *apud* MARTINEZ, 2013, p. 186.

Fica claro, portanto, que ao listar atos tão semelhantes como constitutivos do crime de formação de cartel, o legislador buscou abarcar quaisquer formas de arranjos possíveis entre ofertantes, sejam eles orais ou escritos.

Não obstante, o trecho final do inciso e as três alíneas subsequentes trazem o dolo específico necessário à configuração do ilícito. Dessa forma, além de incorrerem em uma das modalidades de arranjo dispostas no inciso II, os agentes devem ter agido com vistas a: (i) a fixar artificialmente preços ou quantidades vendidas/produzidas, (ii) obter o controle regionalizado de um mercado<sup>38</sup> ou (iii) fechar o acesso a canais de distribuição e fornecimento<sup>39</sup>.

Entende-se, portanto, que o acerto é o elemento central do tipo penal. Dessa forma, contrariamente ao que ocorre na esfera administrativa, a configuração do ilícito exige mais do que a mera troca de informações sensíveis: é necessário que os agentes econômicos, concorrentes em um dado mercado relevante, atuem conjuntamente para alcançar um dos objetivos dispostos nas alíneas do art. 4º, inciso II, da Lei 8.037/90<sup>40 41</sup>.

Ainda nesse âmbito, a despeito da clareza da redação da lei, há quem defenda a necessidade de haver de poder de mercado por parte dos agentes para configuração do ilícito. Para Martinez, além de existir ajuste, acordo, convênio ou aliança entre concorrentes, com vistas a obter uma das finalidades dispostas nas alíneas “a” e “b”, as partes do conluio também deveriam deter poder, ao menos potencial, de afetar negativamente o mercado relevante em questão. Isto encontraria fundamento no princípio da insignificância, por meio do qual não seria eficiente a movimentação da máquina estatal diante da baixa representatividade da ofensa resultante da ação desses indivíduos<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> “[...] o que pode compreender a divisão geográfica de mercados relevantes ou divisão de produtos entre concorrentes para um dado mercado relevante impondo artificialmente uma barreira à entrada de novos competidores” (MARTINEZ, 2013, p. 187).

<sup>39</sup> Martinez ressalta que esse elemento abre margem para punição de agentes concorrentes que tenham entrado em acordo para adquirir poder de monopólio, impondo dessa forma o fechamento de um canal de fornecimento necessário a um entrante. É o caso, por exemplo, de concorrentes que acordam em firmar acordos de exclusividade de distribuição, de maneira a impedir que um entrante consiga inserir seu produto no mercado.

<sup>40</sup> MARTINEZ, 2013, p. 189.

<sup>41</sup> PRADO *apud* MARTINEZ, 2013, p. 189.

<sup>42</sup> MARTINEZ, 2013, p. 188.

De fato, tal discussão apresenta relevância para a contagem do prazo prescricional, uma vez que guarda relação com o juízo de tipicidade da conduta<sup>43</sup>. Nessa hipótese, a existência de poder de mercado por parte do agente seria requisito necessário à caracterização do tipo, à sua consumação (termo inicial da prescrição). Assim, não havendo poder de mercado, a conduta seria atípica em razão do princípio da insignificância.

Em que pese afastar a tipicidade material do crime em função do princípio da insignificância esteja em consonância com uma ideia de direito penal mínimo e maior proporcionalidade na repressão de comportamentos socialmente indesejáveis, a leitura superficial do tipo não comporta esta interpretação. Ademais, não há precedentes que sustentem a sua aplicabilidade.

Dessa forma, será deixada em aberto a possibilidade de não punir crime de cartel, caso não haja potencialidade lesiva, sem prejuízo de eventual revisão dessa questão em momento posterior.

## II.5. Conclusão

No presente capítulo, buscou-se retomar conceitos necessários à delimitação da prescrição penal e administrativa de cartéis, mediante a abordagem do fenômeno social que dá azo à tutela estatal, suas características e seus potenciais efeitos.

Depois, foi apresentada a abordagem técnica que o ordenamento jurídico brasileiro confere a esse fenômeno, mediante a análise dos seus respectivos tipos penal e administrativo.

Contudo, além da compreensão dos elementos constitutivos da materialidade da formação de carteis do tratamento jurídico que lhe é dispensado, a crítica que aqui será realizada demanda também o conhecimento do instituto prescricional em todo os seus

---

<sup>43</sup> No julgamento do HC 98.152-6, o Ministro Celso de Mello, “[o] **princípio da insignificância** – que deve ser analisado **em conexão** com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em material penal – **tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada esta na perspectiva de seu caráter material**”, uma vez observados “(a) **a mínima ofensividade** da conduta do agente, (b) **a nenhuma** periculosidade social da ação, (c) **o reduzidíssimo** grau de reprovabilidade social da ação, e (d) **a inexpressividade** da lesão jurídica provocada” (grifos do original) (HC 98.152-6/MF. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Ministro Relator: Celso de Mello. Julgamento em: 19/05/2009. Publicação: 05/06/2009).

aspectos: manifestação, justificativas e regulamentação. Essa será a temática abordada no próximo capítulo.

### III. PRESCRIÇÃO

#### III.1. Marco conceitual

A prescrição, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, representa a perda de um direito subjetivo em razão do seu não-exercício dentro do prazo estabelecido pela lei. No caso do exercício, por parte do Estado, de suas atribuições sancionatórias (pelo poder de polícia administrativa ou pela persecução penal), a prescrição representa a limitação à sua pretensão punitiva ou executória<sup>44</sup>, surgidas em face do cometimento de ato ilícito administrativo ou penal por parte de seus jurisdicionados<sup>45</sup>.

Dessa forma, se o Estado não atuar dentro do lapso temporal estabelecido em lei, seja para mover processo visando à apuração de suposta conduta ilícita imputada ao jurisdicionado, seja para, uma vez reconhecida a autoria e a materialidade da infração, executar a sua sanção, está extinto o direito à restrição da esfera jurídica do particular<sup>46</sup>.

A doutrina enumera uma série de justificativas para a existência de uma limitação à capacidade do Estado de infligir sanções aos seus jurisdicionados, as quais, por seu turno, encontram fundamento em uma série de garantias características de um Estado Democrático de Direito.

Em verdade, a ontologia da prescrição está diretamente relacionada às funções atribuídas à sanção e aos efeitos que dela decorrem. São três as finalidades almejadas pelo ente estatal ao limitar a esfera jurídica dos particulares que incorreram em ato reprovável: a defesa social (que na esfera penal se daria com o isolamento do infrator)<sup>47</sup>, a reforma do

---

<sup>44</sup> “Assim, até o trânsito em julgado a decisão, o Estado tem apenas uma pretensão punitiva. De outro modo, o trânsito em julgado da condenação autoriza o Estado a executar a pena imposta. Dessa forma, após a decisão irreversível, falamos em pretensão executória. Daí falarmos em prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória, as quais se subdividem, conforme veremos mais adiante” (MESQUITA Jr., 2007, p. 71).

<sup>45</sup> JESUS, 2010, p. 761.

<sup>46</sup> MIRABETE, 2014, p. 424.

<sup>47</sup> “À medida que forem se manifestando na prática de atos delituosos, esses criminosos são segregados, quando não baste uma pena pecuniária. Daí, uma finalidade principal da pena: a defesa dos cidadãos” (PORTO, 1998, p. 16).

delinquente<sup>48</sup> e o caráter pedagógico da pena (a demonstração da reprovabilidade da prática perante a sociedade)<sup>49 50</sup>.

Tendo isso em vista, o esquecimento da lesão causada pelo delito que se dá com o distanciamento temporal seria uma das justificativas para limitar o poder de punir. A passagem do tempo, ausente uma reação ao delito, torna menos alarmante o dano ao bem jurídico tutelado pelo tipo, havendo, portanto, um menor interesse na persecução da conduta<sup>51</sup>. Dessa forma, é desnecessária a defesa social, porquanto após o transcurso do prazo prescricional não haveria mais o interesse na punição.

Tal justificativa encontra esteio a depender da teoria da pena adotada pelo ordenamento jurídico em apreço. No caso das teorias absolutas<sup>52</sup>, para as quais a pena é mera sanção pelo rompimento do pacto social, a prescrição não encontra espaço, pois sempre persistiria o interesse na persecução de infratores<sup>53</sup>.

Em contraste, as teorias utilitárias (pela qual a pena visa à defesa social e reintegração do infrator)<sup>54</sup> e mistas (a pena tem função sancionatória, mas também visa ao atendimento de outras finalidades)<sup>55</sup> atribuem à pena funções acessórias, que adicionam um elemento de interesse para sua imposição dentro de um prazo adequado<sup>56</sup>.

---

<sup>48</sup> “Deve ser encarada a possibilidade de que esses indivíduos deixem de ser nocivos ao meio social. Daí, o terceiro efeito da pena: reforma do delinquente” (PORTO, 1998, p. 16).

<sup>49</sup> “A intimidação simplesmente legal é insuficiente para a maioria; é preciso a efetiva execução da pena, a título de exemplo. Daí ser a intimidação outra finalidade principal da pena.” (PORTO, 1998, p. 16).

<sup>50</sup> PORTO, 1998, pp. 15-16.

<sup>51</sup> BITENCOURT, 2014, p. 812.

<sup>52</sup> “[...] são todas as teorias que veem o direito penal como um fim em si mesmo, independentemente de razões utilitárias ou preventivas, de sorte que a rigor [...] a pena não pode ser para nada, uma vez que sua legitimidade decorre só do fato de haver sido cometido um delito” (QUEIROZ, 2009, p. 102).

<sup>53</sup> MESQUITA Jr., 2007, pp. 69-70

<sup>54</sup> “Portanto, o fim da pena é a prevenção geral de novos delitos por meio de uma coação psicológica exercida sobre seus destinatários, distinguindo-se dois momentos da pena: o da cominação e o da sua aplicação. No primeiro, o objetivo da pena é ‘a intimidação de todos como possíveis protagonistas de lesões jurídicas’; no segundo, o fim da norma é dar fundamento efetivo à cominação legal, dado que sem a aplicação da cominação, tal seria ineficaz” (QUEIROZ, 2009, p. 104). “[...] a finalidade do direito penal é prevenir novos crimes, ressocializando os seus autores, reeducando-os etc.: ou seja, o sentido do castigo é evitar a reincidência, razão pela qual a prevenção não se dirige a todos, mas a algumas pessoas em particular, os criminosos.” (QUEIROZ, 2009, pp. 108-109).

<sup>55</sup> “[...] todas as teorias – majoritárias na atualidade – que, almejando superar as antinomias entre as diversas formulações teóricas apresentadas, pretendem combiná-las ou unificá-las ordenadamente. Ambicionam [...] explicar o fenômeno punitivo em toda a sua complexidade e pluridimensionalidade” (QUEIROZ, 2009, p. 111).

<sup>56</sup> MESQUITA Jr., 2007, pp. 69-70

Nesse sentido, destaca Manzini que “*se o poder de punir se justifica exclusivamente pelo critério da necessidade, todo o exercício do poder repressivo será injustificado, quando não pareça necessário*”<sup>57</sup>.

Outrossim, a prescrição também encontra razão no propósito de recuperação do infrator. A readaptação à ordem social, uma das funções da pena, atinge-se pelo transcurso do prazo prescricional sem que o Estado tenha tomado providências para punir a conduta ou que o jurisdicionado tenha cometido outra infração<sup>58</sup>. Nesse caso, é descabida a imposição de penalidade<sup>59</sup>.

Uma outra justificativa para o instituto da prescrição é o prejuízo à ampla defesa e ao contraditório que eventual instauração de processo, após longa data do cometimento da suposta prática ilícita, representaria em desfavor do acusado. Com a passagem do tempo, a produção probatória resta prejudicada, pois perecem os meios de prova. Sendo assim, estaria obstada a obtenção da verdade por parte do órgão julgador, sendo inviável a promoção de um julgamento justo<sup>60</sup>.

A prescrição também é um meio de autolimitação do poder estatal, impedindo o exercício de seu poder punitivo a qualquer tempo com fundamento no cometimento de prática supostamente passível de sanção. Da mesma forma que ao réu incumbem ônus processuais, a atuação do Estado também se sujeita a um limite (no caso, temporal). Dessa forma, rejeita-se a ideia de subsunção do jurisdicionado à vontade estatal ilimitadamente, garantindo-se segurança jurídica aos destinatários das normas<sup>61</sup>.

Uma vez entendido como opera o instituto, bem como o fundamento para sua existência, passa-se agora ao estudo da regulamentação que a matéria encontra no ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>57</sup> MANZINI *apud* PORTO, 1998, p. 15.

<sup>58</sup> Tendo em vista que a reincidência, ao longo do prazo prescricional, leva à sua dilatação, a prescrição não representaria um benefício a infratores que não tivessem um propósito de não mais atuar em desconformidade com a lei.

<sup>59</sup> BITENCOURT, 2014, p. 812; PORTO, 1998, p. 16.

<sup>60</sup> MANZINI *apud* PORTO. 1998, p. 16; BITENCOURT, 2014, p. 812; MESQUITA Jr., 2007, p. 70.

<sup>61</sup> BITENCOURT, 2014, p. 812; MESQUITA Jr., 2007, p. 70.

### III.2. Prescrição e esferas jurisdicionais

Embora a prescrição encontre regulamentação específica no âmbito administrativo, em se tratando de manifestação do *jus puniendi* estatal, deve ser realizada uma leitura sistemática, em conjunto com os princípios regentes do Direito Penal.

Conforme leciona Osório, guardadas as especificidades atinentes ao Direito Administrativo Sancionador e ao Direito Penal, verifica-se uma identidade entre os dois, porquanto são ambas formas de manifestação do Direito Público Punitivo<sup>62</sup>.

Verifica-se, portanto, que compartilham estas duas esferas dos mesmos axiomas. Como corolário, compreende-se necessária a extensão das garantias do Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador, inclusive no que tange à limitação da pretensão punitiva estatal.

Em razão disso, essa seção se inicia com a apresentação da prescrição em âmbito criminal. A partir daí, será analisada a prescrição de infrações administrativas, tendo em mente uma leitura sistêmica do instituto, ante as garantias previstas na esfera penal.

#### III.2.1 Prescrição de infrações penais

A prescrição de infrações penais é regulamentada pelos arts. 109 a 118 do Código Penal, e pode operar-se de diversas formas<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> "Imperioso examinar mais de perto as sanções penais e as administrativas, de modo a deixar bem claro o limite puramente dogmático que as separa. [...] Não há, necessariamente, uma hierarquia de gravidade entre as infrações e respectivas sanções, donde a dificuldade em construir um superior Direito Público Punitivo, dotado de coerência e unidade superior. [...] É necessário reconhecer, no campo constitucional, cláusulas comuns ao Direito Público Punitivo, não como ramo jurídico, mas como aquele conjunto de normas que disciplinam as várias manifestações punitivas do Estado."

<sup>63</sup> A prescrição, na esfera penal, pode ocorrer nas seguintes hipóteses: (i) prescrição antes do trânsito em julgado: contada a partir da consumação do crime, ou a partir de uma das hipóteses de interrupção do prazo prescricional, ocorre caso transcorra o prazo prescricional sem que advenha mais alguma das causas interruptivas (especialmente a prolação de sentença condenatória). Nesses casos, é regulada pela pena máxima em abstrato imputável à conduta; (ii) prescrição após o trânsito em julgado da sentença final condenatória: uma vez emitida decisão condenatória, o prazo prescricional passará a ser regulado pela pena em concreto, e passará a correr do trânsito em julgado para a acusação. Transcorrido o prazo prescricional sem que advenha causa interruptiva,



Para os fins do presente estudo, entretanto, interessa somente a análise da prescrição direta, cujo termo inicial coincide com o momento da consumação do crime, e que é regulada pela pena máxima imputável à conduta, e é estabelecido pelo art. 109 do Código Penal, conforme segue:

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

**III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;**

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

Como se vê, a delimitação do prazo da prescrição penal direta dependerá da pena máxima prevista no tipo. No caso de cartéis, cuja pena máxima aplicável é de cinco anos, a prescrição em abstrato se daria após o transcurso de 12 anos da data de consumação do crime, sem que sobrevenha alguma das causas de interrupção<sup>64</sup>. Caso atendido algum dos requisitos dispostos no art. 115 do CP<sup>65</sup>, tal prazo poderá ser reduzido à metade.

---

estará prescrito o delito ou a pretensão executiva (a depender do marco inicial – trânsito em julgado para a acusação ou trânsito em julgado para a defesa).

<sup>64</sup> “Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se: I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa; II - pela pronúncia; III - pela decisão confirmatória da pronúncia; IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis; V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena; VI - pela reincidência.” BRASIL, Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

<sup>65</sup> “Art. 115 - São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos.”. BRASIL, Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

### III.2.2 Prescrição de infrações administrativas

A prescrição da pretensão punitiva da Administração pode ocorrer tanto de forma direta (*i.e.*, a contar da data da consumação da infração), quanto de modo intercorrente (quando, instaurado processo administrativo para apuração da suposta infração, este permanece três anos paralisado pendente de despacho ou julgamento).

Novamente, tendo em vista que o presente estudo tem por objetivo analisar o momento de consumação do ilícito de cartel e a sua repercussão na contagem do prazo prescricional, será abordada aqui somente a prescrição direta de infrações à ordem econômica.

Isto posto, o prazo prescricional de infrações administrativas contra a ordem econômica<sup>66</sup> é estabelecido pelo art. 46 e §§ da Lei nº 12.529/2011, conforme segue:

Art. 46. Prescrevem em 5 (cinco) anos as ações punitivas da administração pública federal, direta e indireta, objetivando apurar infrações da ordem econômica, contados da data da prática do ilícito ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessada a prática do ilícito.

§ 1º Interrompe a prescrição qualquer ato administrativo ou judicial que tenha por objeto a apuração da infração contra a ordem econômica mencionada no caput deste artigo, bem como a notificação ou a intimação da investigada.

§ 2º Suspende-se a prescrição durante a vigência do compromisso de cessação ou do acordo em controle de concentrações.

§ 3º Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de 3 (três) anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.

§ 4º Quando o fato objeto da ação punitiva da administração também constituir crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal.

Logo, via de regra, a extinção do *jus puniendi* da Administração ocorre em cinco anos contados a partir da consumação da conduta (a qual variará, a depender de sua classificação enquanto instantânea, permanente ou continuada). Nos casos em que o ilícito administrativo também seja tipificado penalmente, aplicar-se-á o prazo prescricional cabível na esfera criminal.

---

<sup>66</sup> Praticadas a partir da vigência da Lei nº 12.529. Até então, a prescrição de infrações era regulada pela Lei 9.873/99, e, anteriormente, pela Lei 8.884/94.

Embora não seja posicionamento amplamente recepcionado pelos aplicadores da lei, mostra-se acertada a prévia existência de manifestação da Justiça para aplicação do prazo prescricional penal às infrações contra a ordem econômica, visto que o juízo de materialidade e autoria de crimes é de competência exclusiva do Poder Judiciário.

Realizando uma leitura sistemática do art. 46, junto ao art. 5º, LVII da CRFB/88<sup>67</sup>, percebe-se que apenas em caso de sentença condenatória transitada em julgado é possível aplicar o prazo prescricional penal a infrações administrativas. Caso contrário, incorre-se em violação à presunção de inocência, direito assegurado constitucionalmente.

Logo, nesses casos aplica-se somente o prazo prescricional em concreto, dado que na sentença condenatória há a fixação da pena pelo magistrado. A prescrição, aqui, regula-se nos termos do art. 110 do Código Penal<sup>68</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), por sua vez, entende que basta a prévia abertura de ação penal para que se seja aplicável o prazo prescricional criminal, conforme foi decidido no REsp no 1.116.477/DF. Muito embora o precedente se refira à Lei 9.873/99<sup>69</sup>, a qual regia o prazo prescricional de infrações à ordem econômica antes do advento da Lei 12.529/2011, a redação dos dispositivos é idêntica, persistindo portanto a interpretação do Egrégio STJ:

Em razão da expressa determinação do art. 1º, § 2º, da Lei 9.873/99, aplica-se à Administração Pública Federal o prazo prescricional fixado na legislação penal quando o fato apurado constitui crime em tese. Analisando a questão sob o enfoque do art. 142, § 2º, da Lei 8.112/90, que contém dispositivo com idêntico teor, esta Corte consolidou o entendimento segundo o qual o prazo criminal se aplica à seara administrativa quando instaurada a respectiva ação penal.<sup>70</sup>

---

<sup>67</sup> “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

<sup>68</sup> “Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente”. BRASIL, Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

<sup>69</sup> “Art. 1º. Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta ou indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. [...] §2º Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se pelo prazo previsto na lei penal.” BRASIL. Lei de Prescrição Administrativa. Lei 9.873, de 23 de novembro de 1999.

<sup>70</sup> Recurso Especial nº 1.116.477/DF. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Ministro Relator: Teori Zavascki. Decisão em: 16 de agosto de 2012. Publicado em: 22 de agosto de 2012. Vide também MS 14.446/DF, 15.462/DF, RMS 19.087/SP, MS 12.884/DF, RMS 18.688/RJ e MS 9.772/DF.

O Tribunal do CADE vem apreciando a matéria em sentido oposto ao do STJ, conforme se vê no voto proferido pelo Conselheiro Alessandro Octaviani no caso do cartel do cimento:

A redação da lei é patente ao afirmar que ‘quando o fato objeto da ação também constituir crime’ – e não quando houver decisão irreversível reconhecendo a prática do crime – a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal. É suficiente que a conduta investigada (fato) em âmbito administrativo seja a mesma que aquela tipificada na esfera criminal para que o referido § 2º seja aplicável e que, portanto, a contagem do prazo prescricional seja realizada segundo a lei penal.<sup>71</sup>

Isto posto, embora o entendimento professado no STJ não se mostre totalmente adequado pelos motivos expostos logo acima, ao menos deveria ele prevalecer frente à interpretação mais restritiva realizada pelo CADE.

Finalmente, as causas interruptivas do prazo prescricional das infrações à ordem econômica estão dispostas no art. 46, § 1º, da Lei no 12.529/2011. Com relação à interrupção da prescrição direta, o entendimento que o Tribunal do CADE vem adotando, conforme se vê no voto proferido pelo Conselheiro Gilvandro Vasconcelos no caso do cartel de concessionárias de carros do Distrito Federal, é o seguinte:

Partilho do entendimento que **o prazo da prescrição quinquenal não é interrompido somente no momento da instauração do Processo Administrativo *strictu sensu***, mas sim de ato formal que implica inequívoca apuração do ilícito.<sup>72</sup>  
(g. n.)

Contudo, realizando leitura sistemática do referido dispositivo em conjunto com o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente com o Código Penal, só há que se falar em interrupção do curso do prazo prescricional direto de infrações à ordem econômica em razão da notificação do representado.

Levando em consideração que, embora o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal em parte encerrem sistemáticas singulares, ambos são manifestações do Direito

---

<sup>71</sup> Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Conselheiro-Relator: Alessandro Octaviani. Decisão em: 22 de janeiro de 2014.

<sup>72</sup> Processo Administrativo nº 08012.006685/2004-11. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Conselheiro-Relator Gilvandro Coelho. Julgamento em: 03 de setembro de 2015. Publicação em: 09 de setembro de 2015.

Público Punitivo<sup>73</sup>, o qual em última instância está calcado no texto constitucional. Por sua vez, a Constituição Federal dispõe que aos litigantes são garantidos o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal.

A possibilidade de que a interrupção da prescrição ocorra em momento anterior à ciência, por parte do acusado, da existência de processo correndo em seu desfavor, resulta na sujeição do indivíduo ao Poder Público de forma ilimitada, pois, enquanto forem promovidos atos de inequívoco propósito de apuração, seria interrompido o prazo prescricional. Isso se afigura como uma total descaracterização do instituto da prescrição, porquanto não existiria limitação efetiva ao *jus puniendi* estatal.

Logo, não é possível a interrupção do prazo prescricional por atos realizados em momento anterior à notificação, ainda que tenham por objeto a apuração da conduta.

### III.3. Conclusão

Conforme visto, o prazo da prescrição direta passa a correr do momento em que surge a pretensão punitiva, momento este que se identifica com a própria consumação do delito (ou seja, quando uma dada conduta preenche os elementos subjetivos e objetivos previstos no tipo administrativo ou penal).

Uma vez configurada a conduta típica, terá o Estado direito de empregar os meios adequados para persecução e consequente punição do infrator<sup>74</sup>. Portanto, compreender como se aplica a prescrição demanda também conhecimento a respeito da teoria do tipo, em especial no que tange ao momento da caracterização do ilícito, conforme será visto no próximo capítulo.

---

<sup>73</sup> OSÓRIO, 2009, p. 114.

<sup>74</sup> MESQUITA Jr., 2007, p. 71.

#### IV. CONSUMAÇÃO DE ILÍCITOS E CLASSIFICAÇÕES DO TIPO

Como demonstrado na Seção III.2.2, no âmbito administrativo, o art. 46 da Lei nº 12.529/2011 determina que a contagem do prazo prescricional passa a correr da data de consumação da infração. Da mesma forma, na esfera penal, a prescrição direta começa a correr do dia em que o crime se consumou, ou do dia em que cessou a conduta permanente<sup>75</sup>.

Portanto, uma correta delimitação do momento de consumação do ilícito demanda o prévio domínio de conceitos da teoria do tipo. O operador do direito deve ser capaz de discernir se a conduta tipificada demanda a observância de um resultado jurídico, a modificação do mundo externo em decorrência dela, ou mesmo se a ação prevista no tipo é de consumação imediata ou diferida ao longo do tempo. Aqui, serão apresentados os elementos da teoria do tipo que permitem tais diferenciações.

##### IV.1. Tipo e resultado jurídico

No que concerne ao resultado jurídico da conduta e à caracterização do tipo, as infrações podem ser divididas em infrações de dano e infrações de perigo.

As infrações de dano são aquelas cujo tipo penal exige que se alcance a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado para que se configure a ilicitude – e, consequentemente, para que exista pretensão punitiva estatal<sup>76</sup>. Caso da conduta não advenha lesão alguma, haverá pretensão punitiva somente se o tipo admitir a forma tentada como infração<sup>77</sup>.

É o caso, por exemplo, do homicídio, cuja consumação se dá com a morte causada pelo agente (dano), e que admite a forma tentada – ainda não caracterizado o dano, há ilícito pela tentativa de alcançá-lo, não concretizada por força de elementos alheios à vontade do agente.

De outro giro, infrações de perigo compreendem todas as condutas típicas que se consumam com a mera criação de um perigo ao bem jurídico tutelado, prescindindo, portanto,

---

<sup>75</sup> QUEIROZ, 2009, p. 461.

<sup>76</sup> MIRABETE, 2007, p. 124

<sup>77</sup> BITENCOURT, 2014, p. 255.

da existência de um dano efetivo. Quando o tipo exige a comprovação da potencialidade lesiva da conduta, está se falando de ilícito de perigo concreto; havendo dispensa de tal comprovação, está presumida a lesividade do ato pela sua mera ocorrência, sendo classificado como infração de perigo abstrato<sup>78</sup>.

Constitui crime de perigo abstrato, por exemplo, a omissão de socorro (CP, art. 135). Aqui, presume-se que da omissão consciente do agente decorreu um dano, restando caracterizado o crime. Por sua vez, é crime de perigo concreto o incêndio (CP, art. 250) – para caracterização do ilícito, se exige a comprovação de que dele surgiu perigo a vida, integridade física ou patrimônio de terceiros.

Isto posto, verifica-se que o termo *a quo* do prazo prescricional, no caso dos delitos de dano, só se dará a partir do momento em que se materializam os seus efeitos, na sua forma consumada. Por outro lado, para os delitos de perigo, tanto concreto e abstrato, e para a forma tentada dos delitos de dano, a prescrição passa a correr a partir do momento em que se perfaz o ato tipificado, não havendo dependência de seus resultados para sua caracterização.

#### **IV.2. Tipo e resultado naturalístico**

A classificação quanto às modificações no mundo externo decorrentes da conduta também é útil à análise da consumação de delitos, e importa a sua divisão entre materiais e formais. São infrações materiais aquelas nas quais os efeitos da conduta, destacados do comportamento que lhe deram causa, também figuram como elemento do tipo<sup>79</sup>.

Um exemplo de crime material é o estelionato (CP, art. 171). Para que se caracterize a sua ocorrência, é necessário o emprego de fraude (ação) por meio da qual induz-se ou mantém-se o sujeito passivo em erro (efeito).

Em oposição, há as infrações formais, cuja configuração não exige a obtenção de um resultado material (ainda que ele possa vir a existir por força delas). Nesses casos, exercendo um juízo de caráter político-criminal, os legisladores entenderam ser necessário antecipar a consumação do ilícito para o momento do empreendimento da conduta, com vistas

---

<sup>78</sup> BITENCOURT, 2014, p. 255; MIRABETE, 2007, p. 124.

<sup>79</sup> BITENCOURT, 2014, p. 255.

a reprimir práticas consideradas mais graves, dispensando o dano para caracterização do tipo<sup>80</sup>. A extorsão (CP, art. 158) é um exemplo de crime formal, dado que ao constranger o sujeito passivo com o emprego de violência ou grave ameaça, ainda que não se obtenha a vantagem pretendida, está caracterizado o crime.

Doutrinariamente, ainda dentro deste critério, também se discute a possibilidade de diferenciação dos ilícitos entre formais e de mera conduta. Nesse sentido, os primeiros diriam respeito às condutas cujo resultado que se intende produzir não precisa ser observado para haver consumação, enquanto os ilícitos de mera conduta são aqueles cujo resultado é irrelevante para caracterização do delito, bastando que a conduta seja enquadrável no tipo para que justificar a punição do agente<sup>81</sup>.

#### **IV.3. Tipo e momento da consumação**

São infrações instantâneas aquelas que se perfazem de maneira imediata, sem se protrair ao longo do tempo<sup>82</sup>. Têm, portanto, resultado imediato. Um exemplo de crime instantâneo é o homicídio (CP, art. 121), crime que se consuma com a morte do sujeito passivo.

As infrações permanentes, por sua vez, são aquelas cuja consumação se prolonga ao longo do tempo, seja pela ação ou pela omissão daquele que tenha lhe dado causa<sup>83</sup>. É o caso do sequestro (CP, art. 148), crime que se mantém enquanto o sequestrado for mantido em cativeiro, protraindo-se no tempo.

A principal distinção entre essas duas classificações de tipos, portanto, reside na possibilidade de interrupção do delito – enquanto na infração permanente a consumação do ilícito estender-se-á enquanto convier ao sujeito ativo, na infração instantânea a consumação se dá prontamente, não sendo possível ao agente cessá-la<sup>84</sup>.

---

<sup>80</sup> QUEIROZ, 2009, pp. 195-196.

<sup>81</sup> MIRABETE, 2007, p. 123-124.

<sup>82</sup> MESQUITA Jr., 2007, p. 193.

<sup>83</sup> MESQUITA Jr., 2007, p. 193.

<sup>84</sup> MIRABETE, 2007, p. 118.



É importante diferenciar também infrações permanentes das infrações instantâneas de efeitos permanentes. Na primeira hipótese, há a dilação da consumação com o decurso do tempo, enquanto assim desejar o agente.

Por outro lado, nas infrações instantâneas de efeitos permanentes, a consumação ocorre de maneira imediata, enquanto seus efeitos permanecessem ao longo do tempo, independentemente da vontade do sujeito ativo<sup>85</sup>. Portanto, qualquer efeito decorrente do delito instantâneo integrará o exaurimento do tipo, isto é, será mera consequência lesiva do ato, prescindível para caracterização do tipo<sup>86</sup>.

#### *IV.3.1 Habitualidade da infração e infrações continuadas*

Ainda com vistas a determinar o momento em que se perfaz o tipo, é possível falar em habitualidade para determinar o momento da configuração do ilícito. A infração habitual típica diz respeito à prática reiterada de um mesmo tipo, ao longo do tempo para que se tenha a ilicitude. Não há que se confundir com o crime permanente, pois aqui a reiteração de condutas é anterior à constituição do delito, enquanto naquele a ilicitude se dá desde já e protraí-se ao sabor da vontade do sujeito ativo.

As infrações habituais impróprias dizem respeito à prática reiterada de crimes instantâneos ou permanentes, sob as mesmas condições, de maneira que a cada nova prática se renova o ilícito (existindo, portanto, uma única infração). Nesse caso, a habitualidade seria considerada como elemento agravante de uma única conduta, o que repercutiria na sanção a ser imputada<sup>87</sup>.

Esse é o caso, por exemplo, do crime de gestão fraudulenta de instituição financeira - um único ato de gestão de instituição desse caráter, voltado a obtenção de vantagem própria, é suficiente para configuração do ilícito. Entretanto, a reiteração da prática não configura concurso material de crimes, mas sim a prática de uma única ação (a gestão

---

<sup>85</sup> MIRABETE, 2007, p. 118.

<sup>86</sup> MIRABETE, 2007, p. 122.

<sup>87</sup> NUCCI, 2015,.

fraudulenta em si)<sup>88</sup>. Nesse sentido, vai o entendimento do STJ, conforme exposto no julgamento do Recurso Especial 975.243/SP<sup>89</sup>:

[...] consoante a jurisprudência deste Superior Tribunal, a qual considera que o crime de gestão fraudulenta pode ser visto como crime habitual impróprio, em que **uma só ação tem relevância para configurar o tipo, ainda que a sua reiteração não configure pluralidade de crimes.**

**Portanto, a sequência de atos fraudulentos perpretados pelos recorrentes já integra o próprio tipo penal [...]** (g. n.)

Finalmente, nas infrações continuadas, há um concurso de dois ou mais delitos da mesma espécie, com condições de tempo, lugar e execução semelhante, bem como unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos.

Nesses casos, entende-se que as novas infrações são uma continuação da primeira para fins de cominação de sanção, aplicando-se uma única pena majorada de um a dois terços. Contudo, diferentemente do ilícito habitual impróprio, aqui há mais de uma conduta típica sendo cometida – o tratamento unitário com relação à pena constitui mera política criminal<sup>90</sup>.

Exemplificativamente, vê-se o caso de vários furtos cometidos por caixa bancário do dinheiro que lhe é confiado, sob as mesmas condições de execução, em regularidade inferior a 30 dias entre uma prática e outra<sup>91</sup>.

#### IV.4. Conclusão

A partir das construções teóricas apresentadas neste capítulo, tem-se as premissas necessárias para definir qual o momento de consumação da formação de cartéis e, conseqüentemente, qual o evento que dá início à contagem do prazo prescricional. No próximo capítulo, os tipos apresentados na Seção II.4 serão classificados de acordo com seu resultado jurídico, naturalístico e com seu momento de consumação.

---

<sup>88</sup> MAIA, 1996, p. 58.

<sup>89</sup> Recurso Especial 975.243/SP. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Decisão em: 19 de outubro de 2010. Publicação em: 08 de novembro de 2010.

<sup>90</sup> QUEIROZ, 2009, p. 346.

<sup>91</sup> Com relação ao intervalo máximo entre as condutas para caracterização da continuidade delitiva, vide a Seção V..1.1.4.2.

## **V. CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL EM CASOS DE FORMAÇÃO DE CARTEL**

### **V.1. Determinando o momento consumativo**

Superadas as questões inerentes à formação do cartel e apresentados os instrumentos da teoria do tipo necessários para o estabelecimento do momento de sua consumação, é possível agora partir para a delimitação do momento em que se configuram os ilícitos previstos na legislação concorrencial brasileira.

Conforme visto, há uma identidade entre o momento da consumação do tipo e a o termo inicial do prazo prescricional direto. Portanto, uma vez estabelecido o momento de configuração do ilícito de formação de cartel em ambas as esferas administrativa e penal, será possível analisar também a sua repercussão na contagem do prazo prescricional.

#### *V.1.1 Aplicação dos instrumentos da teoria do tipo à prática de cartel*

Embora as redações dos tipos penal e administrativo referentes à formação de cartéis sejam distintas, verifica-se uma identidade nos elementos por eles apresentados.

Tendo em vista a proximidade axiológica entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal, conforme exposto na Seção III.2, se admite a aplicação da teoria do tipo tanto na seara administrativa, quanto na seara penal.

Dessa forma, os tipos administrativo e penal da prática de cartéis serão analisados a seguir sob as três perspectivas anteriormente apresentadas: (i) resultado jurídico, (ii) resultado naturalístico e (iii) momento consumativo.

Ademais, um quarto elemento também será levado em consideração, o qual guarda relação com a própria forma em que se materializa a formação de cartéis – a possibilidade de habitualidade imprópria.

#### V.1.1.1 Configuração do ilícito e resultado jurídico

Conforme indicado na Seção IV.2, a consideração do resultado jurídico da conduta para fins de configuração da ilicitude implica a classificação dos delitos em delitos de dano, delitos de perigo abstrato e delitos de perigo concreto.

Ao transpor esses conceitos para o âmbito do Direito Administrativo Sancionador, é possível traçar um paralelo entre as dicotomias (i) ilícitos por objeto-ilícitos por efeito, e (ii) ilícitos de perigo abstrato-ilícitos de perigo concreto/de dano. Isto porque, assim como os ilícitos por objeto, os ilícitos de perigo abstrato também dispensam a prova de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, ou mesmo a potencialidade de lesão em decorrência do ato.

Já foi indicado que, no atual entendimento do CADE, a formação de cartéis é considerada ilícita por objeto - ou seja, apenas a comprovação da existência de algum dos atos dispostos no art. 36, §3º, inciso I ("*acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrentes*") é suficiente para caracterização da infração à ordem econômica, estando presumida, ao menos, a potencialidade de produção de efeitos anticompetitivos. Portanto, na seara administrativa, a formação de cartéis é infração de perigo abstrato.

Assim também o é na esfera penal. O tipo previsto na Lei 8.137/90 ("*formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes*") não exige a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado. Ademais, da sua redação não é possível deduzir um condicionamento da caracterização do ilícito à comprovação de potencialidade lesiva. Esse entendimento está em linha com a interpretação feita pelo CADE quanto à natureza de cartéis.

Sem embargos, como já fora exposto no presente trabalho, há quem entenda não ser suficiente apenas a prova da existência de arranjos entre concorrentes para que se configure o ilícito, devendo ser demonstrada também, pelo menos, a potencialidade lesiva da prática.

Nessa esteira, alega Gico Jr. que a caracterização de toda e qualquer infração à ordem econômica deveria pressupor a demonstração da existência ou da potencialidade de efeitos líquidos negativos sobre o bem-estar do consumidor<sup>92</sup>.

Martinez, por sua vez, propõe a adoção de uma presunção relativa de ilicitude, no âmbito administrativo, por meio da qual caberia aos agentes econômicos provar a ausência de

---

<sup>92</sup> MARTINEZ, 2013, p. 147.

efeitos potenciais ou concretos lesivos à ordem econômica. Na esfera penal, por sua vez, entende ser a formação de cartéis crime de perigo concreto, o qual exigiria a demonstração, ao menos, da potencialidade de efeitos negativos, para que se caracterizasse o delito.

Segundo ela, a formação de cartel seria crime de perigo concreto, devendo ser necessária a potencialidade de efeitos anticompetitivos no mercado, e não poderia o sistema penal ser acionado para reprimir condutas que não teriam o condão de afetar a sociedade<sup>93</sup>.

No trecho em que foi apresentado tal debate, indicou-se a adoção de um posicionamento mais conservador na condução do presente trabalho. Embora, de fato, ambos os autores tenham exposto críticas necessárias à maneira como se dá a repressão de cartéis no Brasil, ainda lhes falta força - basta atentar-se à prática empreendida pelo CADE e pelos tribunais para ver que tal posicionamento está longe de se sedimentar, o que se dá, também em razão dos motivos expostos na Seção II.4.

Dessa forma, prevalece aqui o entendimento de que, tanto no Direito Administrativo, quanto no Direito Penal, os cartéis constituem delitos de perigo abstrato.

#### V.1.1.2 Configuração do ilícito e resultado naturalístico

Com relação à classificação do tipo em função da necessidade da exigência de resultado naturalístico, tanto na esferas administrativa, quanto na penal, a formação de cartel constitui delito formal.

Conforme visto, os resultados decorrentes da conduta não são levados em consideração no juízo de tipicidade, não constituindo elemento objetivo do tipo. Basta, apenas, que haja a prova do arranjo entre concorrentes para que o cartel esteja consumado.

Tal entendimento persiste ainda que se entenda o cartel como ilícito de perigo concreto, *i.e.*, que demande a comprovação da potencialidade delitiva. Isto porque, dentro dessa concepção, é possível haver infração sem a superveniência de lesão, sendo necessário somente provar que esta possa potencialmente ocorrer.

---

<sup>93</sup> MARTINEZ, 2013, p. 188.

### V.1.1.3 Configuração do ilícito e momento consumativo

No que tange à prolongação da conduta no tempo, no caso da formação de cartéis, tem-se um ilícito instantâneo. A redação do art. 36, §3º, inciso I, elenca ações que não se estendem temporalmente - acordos, combinações, manipulações ou ajustes com competidores são atos que ocorrem de maneira imediata, uma vez concorrendo os agentes para tanto. O mesmo se aplica às condutas dispostas no art. 4º, II, da Lei 8.137/90.

Conforme assinala Martinez, inclusive, isto se dá porque a consumação independe da observância dos efeitos do arranjo entre concorrentes em momento imediatamente após a sua constituição, em período futuro, ou mesmo em momento algum<sup>94</sup>.

Isto posto, os efeitos que efetiva ou potencialmente decorrerem dessas práticas - tais quais o aumento de preços, fechamento de mercado ou a fraude de licitações - não são elementos integrantes do tipo, na medida em que não é necessária a sua observância para que este se caracterize. Portanto, a sua superveniência constitui tão somente o exaurimento da conduta já consumada, sendo mero desdobramento da consumação do ilícito.

Nesse sentido vai decisão proferida em primeiro grau de jurisdição, nos autos da Na Ação Penal 0026495-43.2014.8.26.0050, aberta para apurar suposta formação de cartel entre empresas para fraudar licitação, aberta para aquisição de trens para a Linha 5 do Metrô de São Paulo<sup>95</sup>:

[...] é possível inferir que **se ocorre o ajuste - momento de consumação desse crime instantâneo** -, mas não elevação de preços, **o crime de formação de cartel está consumado** e, se do ajuste houve efetivo aumento de preços, trata-se de mero exaurimento do crime já consumado. (g. n.)

Não resta dúvidas, portanto, que basta a realização do arranjo para que se consuma o ilícito, ainda que da prática decorram efeitos, ou a sua potencialidade.

<sup>94</sup> MARTINEZ, 2013, p. 216.

<sup>95</sup> Ação Penal nº 0026495-43.2014.8.26.0050. 7ª Vara Criminal de São Paulo. Juiz Juiz Benedito Roberto Garcia Pozzer. Decisão em: 31 de março de 2014.

#### V.1.1.4 Institucionalidade da prática e momento consumativo

Embora a formação de cartel, nos termos da redação da Leis 12.529/2011 e 8.137/90, seja ilícito instantâneo, a existência ou não de institucionalidade na conduta afetará a delimitação do momento de consumação.

##### V.1.1.4.1 Consumação em cartéis institucionalizados

Havendo mais de um arranjo entre um mesmo grupo de agentes econômicos, sob condições similares, que abranja um mesmo escopo e guarde sequência lógica entre si, tratar-se-á de um cartel institucionalizado. Nestas hipóteses, embora haja uma multiplicidade de acordos, não haverá concurso material de delitos.

Como alegado há pouco, os cartéis são delitos de perigo abstrato – isto é, uma vez caracterizado o arranjo entre concorrentes, já há tipicidade, independentemente de efetiva ou potencial lesão ao bem jurídico.

Qualquer outro ato que se manifeste como um desencadeamento lógico do primeiro acordo ilícito, será apenas a reiteração da conduta ilícita cometida anteriormente, não se caracterizando multiplicidade de delitos. Nesses casos, observa-se a habitualidade imprópria – todos os acertos entre os integrantes do conluio configuram um único ilícito.

Como desdobramento disso, deve-se considerar a possibilidade de momentos consumativos distintos para participantes que não reiteraram acordos com seus concorrentes. É o caso da empresa que decide não mais participar do cartel – nesse caso, com relação à ela, a consumação se deu quando da realização do último acordo do qual ela veio a fazer parte, ainda que os outros integrantes tenham vindo a realizar outros arranjos em momento posterior.

A maior gravidade apresentada por um cartel institucionalizado sujeitará seus participantes a sanções mais severas do que aquelas aplicáveis àqueles que, de forma episódica, celebraram acordos entre concorrentes.

Tanto a legislação administrativa, quanto a legislação penal abrangem esse entendimento. Na esfera administrativa, os critérios considerados na dosimetria da pena dão

amparam esse entendimento – basta verificar a redação do art. 45, *caput* e inciso V, da Lei 12.529/2011:

[n]a aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração: [...] V - grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores ou a terceiros.

Em se tratando de uma infração recorrentemente reiterada, fará jus o infrator a uma pena mais severa do que aquela aplicável a agentes que tenham em uma única oportunidade vindo a incorrer no §3º, I do art. 36.

Da mesma forma, o art. 59 do Código Penal também confere ao julgador a faculdade de fixar a pena base levando em consideração as circunstâncias atinentes ao cometimento do ilícito<sup>96</sup>. Caso seja um cartel que abranja diversos acordos firmados entre ofertantes, maior será a pena base a ser cominada aos criminosos.

#### V.1.1.4.2 Consumação em cartéis difusos

Não observados os requisitos necessários para caracterizar a institucionalidade do cartel, como é o caso de acordos abrangendo mercados relevantes distintos, composição diversa, e a ausência de liame entre os arranjos, haverá o concurso material de infrações, porquanto não se trata da reiteração de uma mesma ofensa. São os chamados cartéis difusos – denominação apresentada pelo Conselheiro Prado em seu voto, no caso do cartel da pedra britada (vide Seção II.3).

O concurso material ocorre quando um agente, mediante mais de uma ação, vem a cometer dois ou mais delitos, sejam eles idênticos ou não. Como se vê, os acordos provenientes de cartéis institucionalizados não configuram uma nova ofensa ao bem jurídico tutelado pelas Leis 12.529/2011 e 8.137/90 – os acordos supervenientes repisam a ofensa ocorrida quando do cometimento do primeiro arranjo entre os concorrentes.

---

<sup>96</sup> “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; [...]”. BRASIL, Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940.



A continuidade delitiva, conforme exposto na Seção IV.3.1, é política criminal por meio da qual, ante o cometimento de o concurso material de delitos de mesma espécie, sob condições de tempo, lugar e execução semelhantes, bem como unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos, justifica a aplicação de causa de aumento de 1/6 a 2/3 sobre a pena correspondente ao tipo.

A sua aplicabilidade aos casos de cartel encontra alguns óbices, visto que o liame entre as condutas não pode ser forte em demasia, dada a possibilidade de habitualidade imprópria. Logo, deve-se ater ao escopo dos ajustes, aos objetivos intentados pelos agentes quando da celebração de acordo e às conduções em que aqueles se deram para distinguir as práticas em apreço entre um cartel institucionalizado e um conluio difuso.

Outrossim, há jurisprudência sedimentada quanto ao interregno máximo entre uma infração e outra, com vistas à aplicação da continuidade delitiva. Conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 106.173/PR<sup>97</sup>:

A orientação jurisprudencial desta Corte, por seu turno, é no sentido da inviabilidade do reconhecimento da continuidade delitiva quando entre os delitos – praticados em condições de tempo, lugar e maneira de execução semelhantes – houver lapso temporal superior a 30 (trinta) dias.

Dessa forma, para que seja possível falar em continuidade delitiva em se tratando de formação de cartel, devem se observar dois requisitos: (i) ausência de liame entre as condutas, forte o suficiente para que se caracterize a habitualidade imprópria e (ii) que o intervalo entre sua ocorrência não seja superior a 30 dias<sup>98</sup>.

---

<sup>97</sup> Habeas Corpus nº 106.173/PR. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Ministra Relatora: Rosa Weber. Decisão em: 19 de junho de 2012. Publicação em: 1º de agosto de 2012.

<sup>98</sup> MARTINEZ, 2013, pp. 217-218.

## **V.2. Determinando o termo inicial da prescrição direta em abstrato nos casos de formação de cartel**

Uma vez delimitado o momento de consumação da formação de cartel, tem-se definido, por corolário, o termo inicial de contagem do lapso prescricional direto, dada a identidade entre esses dois eventos.

Sendo a formação de cartel um ilícito de consumação instantânea, o prazo prescricional passará a correr quando da realização do arranjo entre concorrentes, uma vez que observados todos os elementos contidos nos tipos administrativo e/ou penal.

Nos casos de cartéis institucionalizados, em razão da habitualidade imprópria do tipo, a cada novo acordo os concorrentes reitera-se a ofensa praticada, ocorrendo a interrupção do prazo prescricional. Portanto, em se falando cartéis institucionalizados, a prescrição será contada sempre a partir do último ajuste realizado entre seus participantes.

Repisa-se que, para participantes que não mais passaram a atuar de forma colusiva, deixando de integrar o cartel, o prazo prescricional passará a contar da ocorrência do último acordo em que fora parte. A manutenção da existência do cartel pelas outras participantes não tem o condão de interromper o curso do prazo com relação a essa ex-integrante, porquanto ela não tenha vindo a reiterar a ofensa por ela cometida.

De outro modo, diante dos cartéis difusos, os quais não guardam qualquer relação lógica entre si, haverá concurso material de delitos. Nessa hipótese, para cada acerto realizado, estará consumado um ilícito distinto.

Na esfera administrativa, isto significa que para cada acordo entre concorrentes passará a correr o respectivo prazo prescricional. Note-se que nem a Lei 12.529/2011, a qual regula de forma específica a prescrição com relação a infrações à ordem econômica, nem a Lei 9.873/99, que regula a prescrição para o exercício da ação punitiva de forma geral pela Administração Pública, estabelecem a reincidência como causa interruptiva da contagem do prazo prescricional.

Em contrapartida, na esfera penal, dispõe Código Penal, em seu art. 117, VI, é a reincidência hipótese de interrupção da contagem do lapso prescricional<sup>99</sup>. Muito embora o art. 63 condicione o reconhecimento da reincidência ao trânsito em julgado da respectiva ação

---

<sup>99</sup> “Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se: [...]VI - pela reincidência”. BRASIL, Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

penal<sup>100</sup>, a interrupção retroage ao momento de consumação da prática delitiva. Esse é, inclusive, o entendimento propagado pelo Supremo Tribunal Federal<sup>101</sup>:

Cumpra ter presente que a prática do crime dá lugar imediato ao *jus puniendi*. Desde o momento da incursão na lei penal, tem o Estado o direito de submeter o infrator a todas as consequências previstas no ordenamento jurídico. Está claro que só a Justiça poderá ver com segurança, no segundo fato, um ilícito penal. Afirmada, neste plano, a reincidência, não se entenderá que ela é contemporânea da sentença que declara a realidade do fato criminoso, mas do próprio fato.

Esse entendimento também é ecoado pelo Superior Tribunal de Justiça, que no julgamento do HC nº 317.662/RS<sup>102</sup>, entendeu ser desnecessário o trânsito em julgado para interrupção do lapso prescricional. Embora a decisão aprecie interrupção do prazo de prescrição da pretensão executória, tendo em vista serem as mesmas as hipóteses de interrupção para todas as espécies de prescrição, também aplica-se à prescrição direta:

Há julgados de ambas as Turmas especializadas em direito penal deste Sodalício em sentido contrário ao afirmado pelo nobre magistrado das execuções: a reincidência, como reza o art. 117, inciso VI, do Código Penal, interrompe o prazo da prescrição da pretensão executória do Estado, considerando-se, como marco interruptivo, a data da prática de novo crime, e não a do seu trânsito em julgado.

Essa racionalidade aplica-se também aos casos de continuidade delitiva. Conforme já explicado nas Seções IV.3.1 e V.1.1.4.2, a caracterização de um concurso material de ilícitos como ilícitos continuados é apenas uma opção de política estatal, que busca conferir reprimir de forma diferenciada práticas que guardem condições de tempo, lugar e execução semelhantes.

A continuidade, dessa forma, é uma ficção jurídica estabelecida apenas com vistas à aplicação da sanção, não restando descaracterizado o fato de se tratarem de ilícitos distintos, ou seja, que guardam momentos de consumação diversos.

---

<sup>100</sup> “Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.” BRASIL, Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

<sup>101</sup> Recurso em Habeas Corpus nº 61.245/RJ. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Ministro Relator: Francisco Rezek. Decisão em: 30 de setembro de 1983. Publicação em: 21 de outubro de 1983.

<sup>102</sup> Habeas Corpus nº 317.662/RS. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Ministra Relatora: Maria Thereza de Assis Moura. Decisão em: 28 de abril de 2015. Publicação em: 06 de maio de 2015.

### **V.3. Problematizando a consumação da formação de cartéis, o esaurimento do tipo e a ocorrência de prescrição**

Estabelecido que a pretensão punitiva do Estado surge quando da celebração de acordo entre concorrentes, independentemente de ele gerar efeitos anticompetitivos, não há como considerá-los um prolongamento da conduta ilícita ao longo do tempo. Contudo, ainda se observa – tanto na esfera administrativa, quanto na esfera penal –, uma falta de coesão entre os aplicadores da lei.

Em razão disso, são apresentadas a seguir algumas decisões proferidas pelo CADE e pelo Poder Judiciário, bem como uma breve reflexão em como elas vêm de encontro ou corroboram aquilo que foi exposto ao longo deste estudo.

#### *V.3.1 CADE – Caso Enron (Processo Administrativo nº 08012.003760/2003-01)<sup>103</sup>*

O processo administrativo fora instaurado pela então Secretaria de Direito Econômico (“SDE”) em razão de peça de informação apresentada em matéria do jornal Financial Times e de representação formulada pela Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal.

De acordo com a Nota Técnica de Instauração, haveria indícios de que a Enron, a AES Light e a VBC Participações teriam ajustado entre si para fraudar o caráter competitivo de licitação promovida pela Eletropaulo para aquisição de energia mediante supressão de propostas. Em contrapartida, a Enron construiria uma usina geradora de energia elétrica juntamente à Light para fornecer energia à Eletropaulo.

Em sede de defesa, fora alegada pelas partes a prescrição quinquenal da pretensão punitiva da Administração, dado que a referida licitação se deu em 15 de abril de 1998,

---

<sup>103</sup> Processo Administrativo nº 08012.003760/2003-01. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Conselheiro Relator: Luís Fernando Rigato. Decisão em: 31 de janeiro de 2007. Publicação em: 1º de março de 2007.

enquanto a instauração de averiguação preliminar ocorreu em 22 de maio de 2003. A SDE acatou tal argumento, arquivando o processo e recorrendo de ofício ao CADE.

Os pareceres elaborados pela Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE (~ProCADE~) e do Ministério Público Federal (“MPF”), por sua vez, opinaram de forma diversa, afastando a ocorrência de prescrição.

Em análise de mérito, o Conselheiro Relator alegou que em sede de cartéis em licitações seria possível a ocorrência de ajuste posterior à licitação. Outrossim, no caso de cartéis em licitações estar-se-ia diante de um ilícito permanente, pois, ao manter a distribuição de lucros ilícitos, subsistiria conluio. De acordo com ele, tal entendimento encontraria amparo na experiência comparada com o direito antitruste norte-americano.

Em que pese o caso ter sido corretamente arquivado pelo CADE, em razão da ocorrência de prescrição quinquenal, os fundamentos de tal decisão mostraram-se desacertados.

Ao admitir que os efeitos de acordos firmados entre concorrentes para fraudar o caráter competitivo de licitações perduram enquanto auferirem as vantagens decorrentes desses contratos públicos, *a contrario sensu*, entende-se que um ajuste que não venha a lograr êxito – por exemplo, pela apresentação de proposta mais vantajosa por empresa não-integrante do cartel – não caracterizaria uma infração à ordem econômica, porquanto não vislumbrados os seus efeitos.

Isto seria dizer que cartéis em licitações se classificam como infrações permanentes (que se protraem ao longo do tempo), de dano (porquanto o efeito prejudicial decorrente da conduta seria integrante do tipo) e materiais (que exigem o resultado lesivo para se caracterizar).

Porém, não há que se falar em um tratamento distinto para uma mesma conduta: ora infração de consumação instantânea, quando não produzidos os efeitos lesivos, ora de consumação permanente, caso observados efeitos ao longo do tempo. Admitir tal posicionamento é anuir com uma discricionariedade exacerbada por parte dos aplicadores das normas antitruste, gerando insegurança às relações entre os administrados.

*V.3.2 CADE – Caso Peróxidos – Pessoas Físicas (Processo Administrativo nº 08012.007818/2004-68)<sup>104</sup>*

Este processo administrativo fora instaurado em razão de desmembramento de outro processo administrativo, na época já julgado pelo CADE. O processo original havia sido instaurado em razão da celebração de acordo de leniência, por meio do qual se denunciou suposto cartel no mercado brasileiro de peróxidos de hidrogênio, tendo ocorrido o desmembramento com relação a duas pessoas físicas - Srs. Eric Mignonat e Raymond Reber – com vistas a garantir maior celeridade ao processo original, dadas as dificuldades enfrentadas na citação destes indivíduos no exterior. Ambos os Representados alegaram prescrição da pretensão punitiva.

Com relação ao Sr. Eric Mignonat, que deixara de trabalhar na filial brasileira da empresa condenada em 1999, não foi reconhecida a prescrição. Foram apresentadas pelo Conselheiro-Relator provas indiretas de sua participação na conduta até período posterior à sua saída do Brasil. Dessa forma, dada a suposta ocorrência de práticas infracionais após a entrada em vigor da Lei 9.873/99, seria aplicável o prazo prescricional penal (doze anos ao caso concreto). Tendo a instauração ocorrido em 09 de setembro de 2004, não teria ocorrido a prescrição.

Todavia, com relação ao Sr. Rebet, considerado que ele deixara de trabalhar na empresa condenada em 01 de julho de 1997, ainda que considerado o suposto caráter permanente da infração, ela teria cessado na vigência da Lei 8.884/94, que estabelecia apenas a prescrição quinquenal às infrações à ordem econômica, foi reconhecida a prescrição da pretensão punitiva.

Mais uma vez, vê-se que ainda que o CADE tenha acertado ao reconhecer a prescrição da pretensão punitiva com relação ao Sr. Rebet, a premissa por ele adotada – de que cartéis são infrações de consumação permanente – mostra-se incorreta.

A cada novo acerto entre os concorrentes, está caracterizada a habitualidade imprópria da conduta, de maneira que a ofensa por elas praticada se reitera. Portanto, a sua saída da empresa condenada por participar do cartel dos peróxidos seria suficiente para elidir qualquer presunção de seu envolvimento em arranjos ocorridos em período coberto pelo prazo

---

<sup>104</sup> Processo Administrativo nº 08012.007818/2004-68. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Conselheiro-Relator: Márcio de Oliveira Júnior. Decisão em: 14 de julho de 2015. Publicação em: 20 de julho de 2015.

prescricional, sendo por isso necessário o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva da Administração contra ele.

Não assiste razão ao CADE ao entender que eventuais desdobramentos de acordos entre concorrentes possam ser considerados como elementos integrantes do tipo. A análise de cartéis como ilícitos por objeto torna irrelevante a observância de efeitos para caracterização do ilícito.

No que diz respeito ao trecho da decisão referente ao Sr. Mignonat, por sua vez, equivocou-se o CADE em primeiro lugar ao aplicar o prazo prescricional penal, visto que inexistente sentença penal condenatória transitada em julgado. Observa-se, no entanto, que embora afastada a incidência do entendimento professado pelo STJ a esse respeito, no caso concreto existia ação criminal em curso para apuração da mesma conduta ora apreciada pelo CADE.

Não sendo cabível, portanto, o prazo prescricional penal, e na ausência de provas de envolvimento do representado em combinações com concorrentes em datas posteriores a 09 de setembro de 1999, também deveria ter sido reconhecida a prescrição da pretensão punitiva com relação a ele.

### *V.3.3 Justiça do Estado de São Paulo – Caso CPTM – Ação Penal nº 0026435-70.2014.8.26.0050<sup>105</sup>*

Trata-se de ação penal proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (“MPSP”), em face de suposta formação de cartel para fraudar o caráter competitivo de dois certames abertos pela Companhia de Trens Metropolitanos de São Paulo para a aquisição e reforma de trens. Em 15 de outubro de 2014, foi proferida decisão, em primeiro grau de jurisdição, na qual rejeitou-se a denúncia.

De acordo com o magistrado que proferiu a decisão, as provas coligidas aos autos pelo *parquet* da existência de conversa entre concorrentes não teria sido capaz de criar “situação temerária”, dado que o teor das discussões entre os representantes das empresas que

---

<sup>105</sup> Ação Penal nº 0026435-70.2014.8.26.0050. 11ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo. Juiz Rodolfo Pellizari. Decisão em: 15 de outubro de 2014.

foram apresentadas poderiam ser entendidas como tratativas anteriores à formação de consórcio – hipótese legítima de associação com concorrentes, a qual inclusive era admitida nas licitações em tela. Nesse contexto, uma eventual desistência por parte das empresas não caracterizaria formação de cartel.

Outrossim, de acordo com o juiz, fez-se necessária análise do perigo concreto que poderia decorrer da conduta denunciada pelo Ministério Público. De acordo com ele, não haveria risco ao lesão no caso concreto, pois seria necessária a convergência entre todos os participantes do certame para que se alcançasse o objetivo anticompetitivo – e, de fato, as intenções do suposto conluio teriam sido frustradas, dado que a empresa que sagrou-se vencedora não integraria o cartel do qual se alegava a existência. Ausente “concretude suficiente, capaz de possibilitar o alcance do objetivo almejado”, não haveria que se falar em materialidade do crime.

Verifica-se que, ao analisar a denúncia, o magistrado adotou o entendimento de que o crime de formação de cartéis deve guardar potencialidade lesiva, não bastando somente a existência de acordo entre concorrentes com interesses anticompetitivos. Tal óptica enquadra os cartéis como crimes de perigo concreto, visão a qual, conforme discutido na Seção IV.1.1.1, não tem amparo ao se analisar o tipo previsto no art. 4º da Lei 8.137/90.

O Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito dessa decisão, que encontra-se pendente de julgamento pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

#### *V.3.4 Justiça do Estado de São Paulo – Caso Metrô SP – Linha 5 - Ação Penal nº 0026495-43.2014.8.26<sup>106</sup>*

Esta ação penal fora proposta pelo MPSP em face de suposto cartel para fraudar o caráter competitivo de licitação promovida para aquisição de trens para a Linha 5 – Lilás, do Metrô de São Paulo. Em 31 de março de 2014, foi proferida decisão extinguindo o feito com resolução de mérito, em razão da prescrição da pretensão punitiva do Estado.

---

<sup>106</sup> Ação Penal nº 0026495-43.2014.8.26.0050. 7ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo. Juiz Benedito Roberto Garcia Pozzer. Decisão em: 31 de março de 2014.



A denúncia formulada pelo *Parquet* indicava ser o cartel um crime de natureza formal, mas que, gerando algum efeito anticompetitivo, enquanto perdurasse estaria consumando-se o ilícito, tal qual um crime permanente.

Ante essa contradição, entendeu o magistrado não ser cabível atribuir a um mesmo tipo naturezas opostas. Sendo a formação de cartel um ilícito formal de consumação instantânea, não cabe dizer que seus eventuais efeitos, tal como a celebração de contrato público e subsequentes aditamentos, sejam um prolongamento da conduta no tempo.

Dessa forma, considerando que o contrato administrativo foi adjudicado em 10 de outubro de 2000, e a ação penal proposta apenas em 2014, passaram mais de 12 anos – e que qualquer arranjo anticompetitivo que tivesse por objeto o certame só poderia ter ocorrido em momento anterior à adjudicação do contrato -, foi declarada pelo juiz a prescrição da pretensão punitiva.

Em face dessa decisão, o MPSP interpôs recurso em sentido estrito cumulado com pedido de concessão de efeito ativo, bem como impetrou mandado de segurança com pedido liminar. Tanto o recurso como a ação mandamental tinham por objetivo descaracterizar o reconhecimento da prescrição feito pelo magistrado em primeiro grau de jurisdição, e dessa forma anular a decisão de rejeição da denúncia.

Liminarmente o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (“TJSP”) determinou o recebimento da denúncia, enquanto pendente o julgamento do mérito da segurança pretendida. Dessa decisão foi interposto, por um dos réus, *habeas corpus* ao STJ, que extinguiu o mandado de segurança em razão da inadequação da via eleita pelo MPSP, ante à existência de RESE com o mesmo pedido pendente de julgamento pelo tribunal de justiça. Atualmente, o recurso impugnando a decisão de rejeição da denúncia aguarda julgamento no TJSP.

## VI. CONCLUSÃO

O presente trabalho se inicia com a exposição do paradoxo entre o padrão probatório adotado na caracterização de cartéis nas esferas administrativa, cujas consequências práticas se mostram extremamente restritivas aos destinatários da norma.

Para uma mesma conduta típica, é conferida uma dupla natureza: formal, quando existentes somente provas do acordo entre concorrentes; e material caso haja provas de que os efeitos anticompetitivos almejados pelos integrantes do cartel foram efetivamente alcançados. A justificativa para este posicionamento, por sua vez, se funda numa premissa também desacertada: a de que cartéis seriam delitos permanentes.

Como visto, cartéis são arranjos entre agentes econômicos, concorrentes em um mesmo mercado relevante. À sua existência estão associados diversos tipos de ineficiência, que em geral tornam muito difícil justificar a sua existência em um propósito legítimo. Em razão disso, a essas práticas é dispensada uma análise por objeto/perigo abstrato, isto é, dispensa-se comprovação da lesividade potencial ou efetiva para realização do juízo de tipicidade da conduta.

Outrossim, pela análise dos tipos previstos nas Leis 12.529/2011 e 8.137/90, verifica-se que dentre seus elementos objetivos não há ações que prolonguem no tempo - são atos passíveis de consolidação em num único momento: "*acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente*"; "*formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes*". Portanto, uma vez comprovada a ocorrência do acordo, seja ele explícito (documental ou verbal), ou tácito (implementado sem a interação direta entre os agentes), reputar-se-á consumado o delito.

Ao imprimir tal tratamento à conduta, o legislador considerou como relevante, para fins de repressão estatal, tão somente o ato de associar-se com concorrentes. Pela letra da lei, não é exigido que da conduta tenha advindo dano à livre-concorrência, bastando a criação de situação de perigo ao bem jurídico tutelado pelas normas antitruste. Desta feita, a observância de efeitos decorrentes da conduta constituiria apenas o exaurimento do tipo administrativo ou penal, em nada afetando a sua caracterização.

Foi visto também que o instituto da prescrição tem como um dos seus fundamentos a autolimitação, pelo Estado, da sua prerrogativa de interferir na esfera jurídica

do particular, restringindo-a a delimitado escopo temporal. Isto constitui garantia inerente ao particular, sob a égide do Estado de Direito.

Logo, não há lógica em considerar a existência de efeitos potenciais ou efetivos como um prolongamento da conduta, justamente porque esta já se perfez em momento anterior, quando estabelecido o ajuste entre os concorrentes. Admitir aquele raciocínio seria conferir ao Estado a faculdade para escutinar condutas colusivas em períodos não cobertos pelo prazo prescricional, subvertendo assim todo o propósito da existência da prescrição.

Vê-se que o estudo do momento consumativo dos cartéis, traz consigo o questionamento de diversos assuntos correlatos, tangencialmente abordados aqui.

É o caso, por exemplo, dos cartéis institucionalizados. Uma vez definido o cartel como delito formal, de perigo abstrato, com consumação instantânea, e caracterizado pela habitualidade imprópria, é possível determinar de forma clara a participação de um determinado agente na prática anticompetitiva.

Entretanto, ainda há margem para discussão de quais os elementos que caracterizam essa institucionalidade. Alternativamente, também pode se discutir quando não se está diante de um cartel institucional, mas existe liame entre as práticas suficiente para que se vislumbre a continuidade delitiva.

Outro ponto controverso é a natureza dos atos capazes de interromper o curso do lapso prescricional direto na esfera administrativa - conforme foi dito, uma análise contextualizada do direito da concorrência não permitiria a interrupção do prazo direto, se não por ato de notificação do representado.

A aplicação do prazo prescricional penal também enseja discussão - aqui se entende ser necessária sentença penal condenatória transitada em julgado, enquanto o STJ exige apenas a existência de ação penal em curso e o CADE não adota requisito algum.

Todos estes pontos, certamente, estarão sujeitos a debate, ante a consolidação do combate a carteis pelas instituições públicas brasileiras, sendo ideal também a sua abordagem por uma leitura sistemática da lei antitruste.

Conclui-se, dessa forma, que a contradição presente na forma com que os aplicadores da lei vêm delimitando o momento consumativo da formação de cartel é apenas um dos sintomas do estado de antinomia causado por um *enforcement* antitruste descontextualizado das outras normas em vigor no ordenamento jurídico pátrio. Faz-se

necessária uma leitura holística das normas concorrenciais como via de evitar a atuação abusiva do Estado, aqui exemplificada no risco de perseguição e condenação de particulares por condutas que se encontram prescritas.

## BIBLIOGRAFIA

AREEDA, Phillip, KAPLOW, Louis *et* EDLIN, Aaron. **Antitrust Analysis: Problems, Text, Cases**. 7ª ed. Wolters Kluwer Law & Business, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, 1**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GICO JR., Ivo Teixeira. **Cartel – Teoria Unificada da Colusão**. 1ª ed. São Paulo: Lex Editora, 2006.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice**. 3ª edição. Thomson West, 2005.

JESUS, Damásio E. **Direito Penal, vol. 1 – Parte Geral**.: São Paulo: Saraiva, 2010.

JONES, Alison; SUFRIN, Brenda. **EU Competition Law**. 5ª edição. Oxford: Oxford University Press, 2013.

KAPLOW, Louis. **On The Meaning of Horizontal Agreements in Competition Law**. Disponível em: [http://www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center/](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/). Acesso em: 2 de dezembro de 2015.

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. 1ª edição. São Paulo: Editora Singular, 2013.

MESQUISA Jr., Sidio Rosa de. **Coleção Temas Jurídicos: Prescrição Penal**. 4a ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini *et* FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal – Parte Geral: Arts. 1º A 120 Do CP**. 24ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

NIELS, Gunnar; JENKINS, Helen; KAVANAGH, James. **Economics for Competition Lawyers**. 1ª ed. Oxford: Oxford University Press.

NUCCI, Guilherme. **Código Penal Comentado**. 15ª ed. São Paulo: Editora Método Forense, 2015.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PORTO, Antonio Rodrigues. **Da Prescrição Penal**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

PITOFISKY, Robert; GOLDSCHMID, Harvey J.; WOOD, Diane P. **Trade Regulation: Cases and Materials**. 6ª edição. Westbury: The Foundation Press, Inc., 2010.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial – as Condutas**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007

WHISH, Richard; Bailey, DAVID. **Competition Law**. 7ª edição. Oxford: Oxford University Press, 2012.

### **Julgados selecionados**

Ação Penal nº 0026495-43.2014.8.26.0050. 7ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo. Juiz Benedito Roberto Garcia Pozzer. Decisão em: 31 de março de 2014.

Ação Penal nº 0026435-70.2014.8.26.0050. 11ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo. Juiz Rodolfo Pellizari. Decisão em: 15 de outubro de 2014.

Recurso Especial no 1.116.477/DF. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Ministro Relator: Teori Zavascki. Decisão em: 16 de agosto de 2012. Publicado em: 22 de agosto de 2012.

Recurso Especial 975.243/SP. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Decisão em: 19 de outubro de 2010. Publicação em: 08 de novembro de 2010.

Habeas Corpus no 317.662/RS. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Ministra Relatora: Maria Thereza de Assis Moura. Decisão em: 28 de abril de 2015. Publicação em: 06 de maio de 2015.

Habeas Corpus no 106.173/PR. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Ministra Relatora: Rosa Weber. Decisão em: 19 de junho de 2012. Publicação em: 1º de agosto de 2012.

Recurso em Habeas Corpus no 61.245/RJ. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Ministro Relator: Francisco Rezek. Decisão em: 30 de setembro de 1983. Publicação em: 21 de outubro de 1983.

Processo Administrativo no 08012.006685/2004-11. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Conselheiro-Relator Gilvandro Coelho. Decisão em: 02 de setembro de 2015. Publicação em: 09 de setembro de 2015.

Processo Administrativo no 08012.007818/2004-68. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Conselheiro-Relator: Márcio de Oliveira Júnior. Decisão em: 14 de julho de 2015. Publicação em: 20 de julho de 2015.

Processo Administrativo 08012.010932/2007-18. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Conselheiro-Relator: Márcio de Oliveira Júnior. Decisão em: 25 de fevereiro de 2015. Publicação em: 03 de março de 2015.

Processo Administrativo no 08012.011142/2006-79. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Conselheiro-Relator: Alessandro Octaviani. Decisão em: 22 de janeiro de 2014.

Processo Administrativo no 08012.003760/2003-01. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Conselheiro Relator: Luís Fernando Rigato. Decisão em: 31 de janeiro de 2007. Publicação em: 1º de março de 2007.

Processo Administrativo no 08012.002127/2002-14. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Conselheiro-Relator Luiza Carlos Delorme Prado. Decisão em: 13 de julho de 2005. Publicação em: 28 de julho de 2005.